

DIE MOBILIARHYPOTHEK
Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts

DISSERTATION

DER RECHTS- UND
STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
PETER ALTORFER
von Uster ZH und Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507219_0012

DIE MOBILIARHYPOTHEK
Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts

DISSERTATION

DER RECHTS- UND
STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
PETER ALTORFER
von Uster ZH und Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation , ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 12 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von P. Forstmoser, A. Heini, M. Keller, A. Meier-Hayoz, M. Rehbinder, W.R. Schluep und E. Stark

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1981

Druck: ADAG Administration & Druck AG, Zürich

IM ANDENKEN AN MEINEN VATER

Zu der vorliegenden Dissertation wurde ich von Dr. D. Zobl, Chef der Rechtsabteilung der Zürcher Kantonalbank und Rechtsanwalt, angeregt. Ihm bin ich denn auch in erster Linie zu Dank verpflichtet. Dr. D. Zobl war stets bereit, Probleme mit mir zu besprechen, mich mit wertvollen Literaturhinweisen zu unterstützen und führte schliesslich die Korrektur in kurzer Zeit durch.

Herrn Professor Dr. A. Meier-Hayoz danke ich herzlich für die reibungslose Zusammenarbeit in der Betreuung der Dissertation zwischen ihm und Dr. D. Zobl.

I N H A L T S U E B E R S I C H T

§ 1	Einleitung	1
Erster Teil: HISTORISCHE GRUNDLAGEN		4
§ 2	Römisches Recht	4
	I. Rechtsinstitute zur Verwirklichung von Pfandzwecken mit Besitz des Gläubigers am Sicherungsgegenstand	4
	II. Pfandrecht ohne unmittelbaren Besitz des Gläubigers	5
	III. Geschützte Interessen	9
§ 3	Germanisch - deutsches Recht	10
	I. Germanisches Recht	10
	II. Rechtssituation am Ende des 17. Jahrhunderts	14
§ 4	Besitz als Gestaltungsform des Pfandrechts	16
	I. Gemeines Recht des ausgehenden 18. und des 19. Jahrhunderts	16
	II. Faustpfandprinzip	17
§ 5	Fahnisverschreibung des schweizerischen Rechts	25
	I. Rechtssituation vor Erlass des aOR von 1881	25
	II. Verdrängung der Fahnisverschreibung	28
	III. Wiederbelebung der Fahnisverschreibung	29
Zweiter Teil: GELTENDES SCHWEIZERISCHES RECHT		37
§ 6	Uebersicht über die gesetzlich zugelassenen Mobiliarhypotheken	37
	I. Vertragliche Mobiliarhypotheken	37
	II. Gesetzliche Mobiliarhypotheken	43
	III. Mobiliarhypothek als Ausnahmehinstitut	45
§ 7	Viehverschreibung	46
	I. Anwendungsbereich	46
	II. Begründung	48
	III. Rechtsbeziehungen bis zur Pfandverwertung	49
	IV. Wirkungen gegenüber Dritten	52

§ 13 Entstehung des Sicherungsrechtes (attachment)	96
I. Belastungsobjekt	96
II. Sicherungsvertrag	98
III. Inhalt des Sicherungsrechtes	100
§ 14 Perfektion des Sicherungsrechtes (perfection)	102
I. Ueberblick	102
II. Perfektion durch Offenlegung des Sicherungsrechtes	102
III. Perfektion durch Vertragsabschluss (attachment)	108
§ 15 Rechtsbeziehungen bis zur Pfandverwertung	110
I. Rechtsverhältnis inter partes	110
II. Bedeutung der Registerwirkungen	111
§ 16 Wirkungen des Sicherungsrechtes gegenüber Dritten	112
I. Ueberblick	112
II. Drittwirkungen des Sicherungsrechtes am Sicherungsgut	112
III. Drittwirkungen fehlerhafter Eintragungen	120
§ 17 Untergang und Verwertung des Sicherungsrechtes	121
I. Untergang	121
II. Verwertung	122
2. Kapitel: <u>England</u>	124
§ 18 Einführung	124
I. Eigenart des englischen Pfandrechts	124
II. Begriff der Mobiliarsicherheit	125
§ 19 Chattel mortgage	126
I. Historische Ausgangslage	126
II. Rechtsnatur	126
III. Begründung	127
IV. Wirkungen des chattel mortgage	130

§ 20 Floating charge	133
I. Merkmale	133
II. Begründung	135
III. Rechtsbeziehungen bis zur Pfandverwertung	136
IV. Wirkungen gegenüber Dritten	138
V. Verwertung	139
§ 21 Hypothecation	141
I. Begriff und Abgrenzung	141
II. Bedeutung	142
III. Wirkungen	141
§ 22 Mängel der besitzlosen Mobiliarsicherheiten	144
I. Besitzlose Warenkreditsicherheiten	144
II. CROWTHER-Bericht	145
3. Kapitel: <u>Frankreich</u>	148
§ 23 Einführung	148
I. Pfandrechte ohne Faustpfandcharakter	148
II. Besonderheiten der handelsrechtlichen Faustpfandbestellung	151
III. Unzulässigkeit der Sicherungsübereignung ohne Besitzübertragung	153
§ 24 Domizilpfandscheine (warrants à domicile)	154
I. Ueberblick	154
II. Rechtsnatur der Domizilverpfändung	156
III. Begründung des Pfandrechtes	158
IV. Verwertung	159
§ 25 Verkäuferpfandrechte	160
I. "Gage automobile"	160
II. "Nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel"	164
§ 26 Echte Mobiliarhypotheken	168
I. "Nantissement du fonds de commerce"	168

II. "Nantissement des films cinématographiques"	171
4. Kapitel: <u>Italien</u>	173
§ 27 Einführung	173
I. Grundzüge der gesetzlichen Regelung	173
II. Gegenstand der Untersuchung	176
§ 28 Besitzlose Mobiliarpfandrechte	178
I. Motorfahrzeughypothek	178
II. Erweitertes Privileg für Werkzeug- und Produktionsmaschinen	181
5. Kapitel: <u>Deutschland</u>	183
§ 29 Einführung	183
I. Gesetzliche Regelung	183
II. Kreditpraxis	185
§ 30 Sicherungsübereignung	188
I. Rechtsnatur des Sicherungseigentums	188
II. Begründung des Sicherungseigentums	189
III. Sicherungsgut	190
IV. Rechtsbeziehungen bis zur Verwertung	192
V. Schranken der Sicherungsübereignung	195
VI. Gläubigerzugriff auf das Sicherungsgut	196
VII. Verwertung des Sicherungsgutes	198
§ 31 Mängel der deutschen besitzlosen Mobiliarsicherheiten	199
I. Rechtsunsicherheit	199
II. Fehlende Publizität	199
III. Rechtsform	200
6. Kapitel und	
§ 32 <u>Oesterreich</u>	202
I. Pfandrechtserwerb	202
II. Sicherungsübereignung ohne Besitzübertragung	205
III. Eigentumsvorbehalt	206

IV. Reformbestrebungen	210
Vierter Teil: REFORMUEBERLEGUNGEN	211
§ 33 Ausgangslage	211
I. Mängel des geltenden Rechts	211
II. Vorschläge zur Rechtsvereinheitlichung	214
III. Tragweite der Untersuchung	218
§ 34 Reformrichtung	220
I. Rechtsform	220
II. Interessen	223
III. Publizität	227
IV. Rechtssystematik	230
§ 35 Anwendungsbereich des Pfandrechts	232
I. Pfandgegenstand	232
II. Keine weiteren Beschränkungen	243
§ 36 Begründung des Pfandrechts	245
I. Zusammenhang zwischen Registrierung und Pfandvertrag	245
II. Registereintrag	247
§ 37 Wirkungen des Pfandrechts	249
I. Zwischen den Parteien	249
II. Im Verhältnis zu Dritten	252

VII

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Literaturverzeichnis	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXXV
§ 1 Einleitung	1
Erster Teil: HISTORISCHE GRUNDLAGEN	4
§ 2 Römisches Recht	4
I. Rechtsinstitute zur Verwirklichung von Pfandzwecken mit Besitz des Gläubigers am Sicherungsgegenstand	4
1. Eigentum als Sicherungsmittel: fiducia cum creditore contracta	4
2. Pfand als beschränktes dingliches Recht an fremder Sache: pignus	5
3. Faktisches Faustpfandprinzip	5
II. Pfandrecht ohne unmittelbaren Besitz des Gläubigers	5
1. Irrelevanz der tatsächlichen Besitzverhältnisse	5
a) Fiducia	5
b) Pignus	6
2. Vertragspfand (Mobiliarhypothek)	6
a) Pignus obligatum	6
b) Hypotheca	7
3. Eigenart der römischen Realsicherheiten	8
III. Geschützte Interessen	9
§ 3 Germanisch-deutsches Recht	10
I. Germanisches Recht	10
A. Pfandrecht mit leiblicher Gewere des Gläubigers (ältere Satzung)	10
1. Ausgestaltung des Pfandrechtes	10
2. Faktisches Faustpfandprinzip	10
B. Jüngere Satzung	11
1. Pfandrecht mit ideeller Gewere des Gläubigers	11
2. Pfandrecht ohne Gewere des Gläubigers	11
C. Geschützte Interessen	12
1. Funktion des Besitzes	12

2. Funktion der Formvorschriften	13
a) Beweissicherung	13
b) Begründung des Pfandrechts	13
c) Ersatzinstitut des Besizes	14
II. Rechtssituation am Ende des 17. Jahrhunderts	14
§ 4 Besitz als Gestaltungsform des Pfandrechts	16
I. Gemeines Recht des ausgehenden 18. und des 19. Jahrhunderts	16
1. Pfandrechtssystem	16
2. Bedeutung	16
II. Faustpfandprinzip	17
A. Veränderte Interessenwertung	17
1. System der Dispositionsentziehung	17
2. Bedeutung	18
B. Verhältnis zum Publizitätsprinzip	19
1. Traditionsprinzip	19
a) Gemeinsamkeit beider Grundsätze	19
b) Unterschiedlicher Anwendungsbereich	19
c) Funktion der Besitzübertragung (Positive und negative Publizität)	20
2. Gutglaubensschutz	21
a) Identität der geschützten Interessen	21
b) Folgen der Funktionsüberschneidung	23
aa) Neue Funktion des Faustpfandrechts	23
bb) Zulässigkeit der Mobiliarhypothek	24
§ 5 Fahnrisverschreibung des schweizerischen Rechts	25
I. Rechtssituation vor Erlass des aOR von 1881	25
1. Kantonalrechtlich	25
2. Bundesrechtlich	27
II. Verdrängung der Fahnrisverschreibung	28
1. Grundsatz (Art. 210 I aOR)	28
2. Ausnahme (Art. 210 III aOR)	28
a) Verbreitung der Viehverschreibung	28
b) Eigentumsvorbehalt als Ersatzgeschäft	29
III. Wiederbelebung der Fahnrisverschreibung	29

1. Vorentwurf vom 15. November 1900	30
a) Objekte der Verschreibung	30
b) Publizitätsvorschriften	31
c) Formelle Untergangsgründe	31
2. Bundesrätlicher Entwurf vom 28. Mai 1904	32
3. Eigentumsvorbehalt	33
4. Parlamentarische Beratungen	34
a) Nationalrat	34
b) Ständerat	35
Zweiter Teil: GELTENDES SCHWEIZERISCHES RECHT	37
§ 6 Uebersicht über die gesetzlich zugelassenen Mobiliarhypotheken	37
I. Vertragliche Mobiliarhypotheken	37
1. Verschreibung von Einzelsachen	37
a) Viehverschreibung	37
b) Schiffsverschreibung	38
c) Luftfahrzeugverschreibung	39
2. Generelle Hypotheken	39
a) Verpfändung von Eisenbahnunternehmungen	39
b) Verpfändung von Schiffahrtsunternehmungen	40
c) Verpfändung von Trolleybusunternehmungen	41
3. Abgrenzungen	41
a) Grundstückszugehör	41
b) Verpfändung von Warenpapieren	42
II. Gesetzliche Mobiliarhypotheken	43
1. Besondere Retentionsrechte des ZGB und des OR	43
2. Pfandrecht des Pfandbriefgläubigers	44
3. Pfandrecht zugunsten von Spareinlagen	44
4. Pfandrecht gemäss Art. 57 VVG	45
III. Mobiliarhypothek als Ausnahmeinstitut	45
§ 7 Viehverschreibung	46
I. Anwendungsbereich	46
1. Beteiligte Personen	46
a) Pfandgläubiger	46
b) Pfandschuldner	46

2. Pfandgegenstand	47
3. Pfandforderung	47
II. Begründung	48
1. Pfandvertrag	48
2. Registereintrag	48
a) Prozedur der Eintragung	48
b) Oertliche Zuständigkeit	48
c) Registerwirkung (Eintragungsprinzip)	49
III. Rechtsbeziehungen bis zur Pfandverwertung	49
A. Schutzbedürfnis des Pfandgläubigers	49
B. Schutzmittel	50
1. Allgemeines	50
2. Viehverschreibung	50
a) Strafrechtlicher Schutz	50
b) Mitteilungssystem	51
IV. Wirkungen gegenüber Dritten	52
1. Gutglaubensschutz ausserhalb des Registers	52
a) Wesen der positiven Publizitätswirkung	52
b) Verschreibungsprotokoll	52
2. Gutglaubensschutz mittels Register	53
a) Wesen des öffentlichen Glaubens	53
b) Verschreibungsprotokoll	53
V. Konkurrenz mit anderen Sicherungsrechten an der Pfandsache	54
1. Mehrfache Verschreibung	54
2. Gutgläubig erworbenes Faustpfand- und Retentionsrecht	54
VI. Untergang des Pfandrechts	55
§ 8 Schiffs- und Luftfahrzeugverschreibung	56
I. Anwendungsbereich	57
A. Beteiligte Personen	57
1. Bei Binnenschiffen und Luftfahrzeugen	57
2. Bei Seeschiffen	57
B. Pfandgegenstand	57
1. Schiffsverschreibung	57
a) Binnenschiffe	57
b) Seeschiffe	58

2. Luftfahrzeugverschreibung	58
C. Pfandforderung	58
II. Begründung	59
A. Pfandvertrag	59
B. Registereintrag	59
1. Funktion des Registers	59
a) Schiffsregister	59
b) Luftfahrzeugbuch	60
2. Oertliche Zuständigkeit	60
3. Eintragungsprinzip	60
III. Wirkungen gegenüber Dritten	61
1. Registerwirkungen	61
a) Positive Publizitätswirkung	61
b) Oeffentlicher Glaube	61
2. Zusätzliche Publizitätsmittel	62
a) Schiffsbrief	62
b) Ausschluss des Seebriefes	63
IV. Konkurrenz mit andern Sicherungsrechten an der Pfandsache	63
A. Mehrfache Verschreibung	63
B. Faustpfand- und Retentionsrecht	64
C. Gesetzliche Pfandrechte	64
1. Mittelbare gesetzliche Pfandrechte	64
2. Unmittelbare gesetzliche Pfandrechte	64
a) Ohne Eintragung (Privilegien)	64
b) Mit Eintragung	64
V. Untergang des Pfandrechts	65
§ 9 Umgehungsgeschäfte	66
I. Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut	66
1. Fiduziarisches Rechtsgeschäft	66
2. Sicherungszweck	66
3. Besitzkonstitut	67
a) Traditionssurrogat	67
b) Verhältnis zum Verbot der Mobiliarhypothek	67
4. Relative Unwirksamkeit	69

II. Eigentumsvorbehalt	69
A. Verhältnis zur Mobiliarhypothek	69
1. Gemeinsame Sicherungsfunktion	69
2. Unterschiede	70
a) Beschränkter Anwendungsbereich	70
b) Rechtsform	71
B. Umgehung des Verbotes der Mobiliarhypothek	71
1. Kauf- und Rückkaufsgeschäfte	71
a) Tatbestand	71
b) Sanktion	72
2. Ausdehnung auf allgemeine obligatorische Ansprüche	72
3. Problem des nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehaltes	73
§ 10 Funktionen des Faustpfandprinzips	75
I. Publizitätsgedanke	75
A. Legitimationsfunktion des Besitzes	75
1. Besitz des Pfandgläubigers	75
2. Besitzverlust des Pfandschuldners	76
a) Anschein der Kreditwürdigkeit	76
b) Geschützter Personenkreis	77
c) Kritik	79
aa) Geminderte Aussagekraft des Besitzes	79
bb) Risiko des ungedeckten Kredites	81
cc) Gefährdung durch den Gläubiger	81
B. Spezialitätsprinzip	82
1. Dogmatik	82
2. Praxis	82
II. Sicherung des Gläubigers	83
III. Schuldnerschutz	84
1. Gefahren des Konsumkredites	84
2. Uebereilungsschutz	86
Dritter Teil: VERTRAGLICHE BESITZLOSE PFANDRECHTE IN AUSLAENDISCHEN RECHTSORDNUNGEN	87
§ 11 Gegenstand der Untersuchung	87
I. Mobiliarsicherheiten	87

II. Besitzlose Mobiliarsicherheiten	88
III. Vertragliche besitzlose Mobiliarsicherheiten	88
IV. Eigentum - Pfandrecht	89
1. Kapitel: <u>Vereinigte Staaten von Amerika</u>	91
§ 12 Einführung	91
I. Ausgangslage	91
II. Ziel des Art. 9 UCC	92
III. Sachlicher Anwendungsbereich	93
IV. Konzept der Begründung des Sicherungsrechtes	94
§ 13 Entstehung des Sicherungsrechtes (attachment)	96
I. Belastungsobjekt	96
1. Funktionelle Einteilung	96
a) Güter des privaten Gebrauchs (consumer goods)	96
b) Landwirtschaftliche Erzeugnisse (farm products)	97
c) Ausrüstungsgegenstände (equipment)	97
d) Warenbestände (inventory)	97
2. Durchbrechung des Spezialitätsprinzips	98
II. Sicherungsvertrag	98
1. Materielle Gültigkeit	98
2. Form des Sicherungsvertrages (security agreement)	99
III. Inhalt des Sicherungsrechtes	100
1. Erstreckung der Forderung	100
2. Erstreckung des Sicherungsgutes	100
a) Gesetzlich	100
b) Vertraglich	101
§ 14 Perfektion des Sicherungsrechtes	102
I. Ueberblick	102
II. Perfektion durch Offenlegung des Sicherungsrechtes	102
A. Besitzübertragung	102
B. Registrierung	103
1. Finanzierungsanzeige (financing statement)	103
a) Formale Erfordernisse	103
b) Bedeutung der Lösung	104

2. Oertliche Zuständigkeit	106
3. Registrierung als Obliegenheit	107
4. Oeffentlichkeit des Registers	108
III. Perfektion durch Vertragsabschluss (attachment)	108
§ 15 Rechtsbeziehungen bis zur Pfandverwertung	110
I. Rechtsverhältnis inter partes	110
II. Bedeutung der Registerwirkungen	111
§ 16 Wirkungen des Sicherungsrechtes gegenüber Dritten	112
I. Ueberblick	112
II. Drittwirkungen des Sicherungsrechts am Sicherungsgut	112
A. Ungesicherte Drittgläubiger	112
B. Drittgläubiger mit gesetzlichen Sicherungsrechten und bei amtlicher Beschlagnahme des Sicherungsgutes zu Vollstrek- kungszwecken	113
1. Gesetzliche Sicherungsrechte	113
2. "Lien creditors"	113
C. Dritte mit vertraglichen Rechten am Sicherungsgut	114
1. Dritterwerber	114
a) Perfektion des Sicherungsrechtes	114
aa) Offenlegung	114
bb) Vertragsabschluss	116
b) Fehlende Perfektion	116
2. Sicherungsgläubiger	117
a) Konkurrenz mit Mobiliarsicherheiten	117
aa) Prinzip der Alterspriorität	117
bb) Vorrang des Sicherungsrechts aus Kauf	117
b) Konkurrenz mit Immobiliarsicherheiten	119
III. Drittwirkungen fehlerhafter Eintragungen	120
§ 17 Untergang und Verwertung des Sicherungsrechtes	121
I. Untergang	121
1. Erlöschen der gesicherten Forderung	121
2. Abgrenzung gegenüber dem "continuation statement"	121
II. Verwertung	122
1. Recht zur Inbesitznahme	122

2. Verfügungen über das Sicherungsgut	123
2. Kapitel: <u>England</u>	124
§ 18 Einführung	124
I. Eigenart des englischen Pfandrechts	124
II. Begriff der Mobiliarsicherheit	125
§ 19 Chattel mortgage	126
I. Historische Ausgangslage	126
II. Rechtsnatur	126
III. Begründung	127
A. Prozedur der Eintragung	127
1. Begriff der "bill of sale"	127
2. Bestimmungen der Bills of Sale Acts	127
a) Gültigkeitsvoraussetzungen der Urkunde	127
b) Registrierung	128
B. Auswirkungen der Bills of Sale Acts	129
IV. Wirkungen des chattel mortgage	130
1. Zwischen den Vertragsparteien	130
2. Gegenüber Dritten	131
3. Konkurs des Schuldners im besonderen	131
§ 20 Floating charge	133
I. Merkmale	133
1. Begriff der "charge"	133
2. Pfandschuldner	133
3. Pfandobjekt	133
4. Charakterisierung	134
II. Begründung	135
1. Materielle Voraussetzungen	135
2. Formelle Voraussetzungen	135
III. Rechtsbeziehungen bis zur Pfandverwertung	136
1. Verfügungsfreiheit des Schuldners	136
2. Schutzmittel des Gläubigers	137
a) Kontrollrecht	137
b) Verfügungsbeschränkung	137

IV. Wirkungen gegenüber Dritten	138
A. Ungesicherte Drittgläubiger	138
B. Dritte mit vertraglichen Rechten am Sicherungsgut	138
1. Grundsätze	138
a) Alterspriorität	138
b) Verfügungsbefugnis	138
2. Eigentum als Sicherungsmittel	139
V. Verwertung	139
1. Umwandlung (crystallisation) der floating charge	139
2. Stellung des vom Gläubiger ernannten Verwalters	140
§ 21 Hypothecation	141
I. Begriff und Abgrenzung	141
1. Publizitätsloses hypothekarisches Pfandrecht	141
2. Letter of trust (trust receipt)	141
II. Bedeutung	142
III. Wirkungen	142
§ 22 Mängel der besitzlosen Mobiliarsicherheiten	144
I. Besitzlose Warenkreditsicherheiten	144
II. CROWTHER-Bericht	145
1. Entstehung	145
2. Inhalt	145
a) Kritik an den bestehenden besitzlosen Mobiliar-	
sicherheiten	145
b) Reformvorschlag	146
3. Wirkungen	147
3. Kapitel: Frankreich	148
§ 23 Einführung	148
I. Pfandrechte ohne Faustpfandcharakter	148
1. Stellung des Faustpfandes im Code Civil	148
2. System der besitzlosen Pfandrechte	150
II. Besonderheiten der handelsrechtlichen Faustpfandbestellung	151
1. Begriff des Handelspfandes (gage commercial)	151
2. Bestellung	151

3. Verwertung	152
4. Verpfändung mittels Lagerpfandscheines	152
III. Unzulässigkeit der Sicherungsübereignung ohne Besitz- übertragung	153
§ 24 Domizilpfandscheine (warrants à domicile)	154
I. Ueberblick	154
II. Rechtsnatur der Domizilverpfändung	156
A. Wertpapierrechtliches Element	156
B. Sachenrechtliches Element	156
1. Fingierter Pfandbesitz	156
2. Folgen der Fiktion	157
a) Personenbezogenheit der Domizilverpfändung	157
b) Schutzmittel	158
III. Begründung des Pfandrechtes	158
1. Pfandvertrag	158
2. Registrierung	158
IV. Verwertung	159
§ 25 Verkäuferpfandrechte	160
I. "Gage automobile"	160
1. Motiv und Anwendungsbereich	160
2. Bestellung	160
3. Rechtsnatur	161
a) Rechtsbeziehungen vor der Pfandverwertung	161
b) Wirkungen gegenüber Dritterwerbem	162
4. Verwertung	163
II. "Nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel"	164
1. Motiv und Anwendungsbereich	164
2. Bestellung	164
3. Rechtsstellung des Pfandgläubigers	165
§ 26 Echte Mobiliarhypotheken	168
I. "Nantissement du fonds de commerce"	168
1. Pfandobjekt	168
2. Bestellung	169

3. Rechtsstellung des Pfandgläubigers	169
a) Folgerecht	169
b) Befriedigungsrecht	170
4. Praktischer Erfolg	171
II. "Nantissement des films cinématographiques"	171
 4. Kapitel: <u>Italien</u>	 173
§ 27 Einführung	173
I. Grundzüge der gesetzlichen Regelung	173
1. Legale Bevorzugungsgründe	173
2. Privilegien und Hypotheken	173
3. Formvorschriften bei der Bestellung des Faustpfandrechtes	175
II. Gegenstand der Untersuchung	176
1. Abgrenzung gegenüber Spezialprivilegien	176
2. Hinweis auf die Sicherungsübereignung	176
 § 28 Besitzlose Mobiliarpfandrechte	 178
I. Motorfahrzeughypothek	178
1. Anwendungsbereich	178
2. Bestellung	178
a) Rechtstitel	178
b) Registrierung	179
3. Rechtsstellung des Gläubigers	180
II. Erweitertes Privileg für Werkzeug- und Produktionsmaschinen	181
1. Grundform des Maschinenprivilegs	181
2. Spezialregelung	182
 5. Kapitel: <u>Deutschland</u>	 183
§ 29 Einführung	183
I. Gesetzliche Regelung	183
1. Innerhalb des BGB	183
a) Faustpfandrecht	183
b) Einfacher Eigentumsvorbehalt	183
2. Sondergesetze	184
II. Kreditpraxis	185
1. Sicherungsübereignung	185

2. Erstreckung des Eigentumsvorbehaltes	186
§ 30 Sicherungsübereignung	188
I. Rechtsnatur des Sicherungseigentums	188
1. Treuhandgeschäft	188
2. Nichtakzessorisches Sicherungsmittel	188
II. Begründung des Sicherungseigentums	189
1. Voraussetzungen	189
2. Bedeutung des Abstraktionsprinzips	189
III. Sicherungsgut	190
1. Allgemeines	190
2. Motorfahrzeuge und Warenlager im besonderen	191
a) Motorfahrzeuge	191
b) Warenlager	191
IV. Rechtsbeziehungen bis zur Verwertung	192
1. Rechtsstellung des Gläubigers	192
2. Rechtsstellung des Schuldners	193
3. Schutz gegen Aushöhlung	193
a) Erstreckung	193
b) Kollisionen	194
V. Schranken der Sicherungsübereignung	195
1. Sittenwidrigkeit	195
2. Gläubigeranfechtung	196
3. Haftung des Sicherungsnehmers gegenüber Dritten	196
VI. Gläubigerzugriff auf das Sicherungsgut	196
1. Vollstreckung auf seiten des Sicherungsgebers	197
a) Pfändung	197
b) Konkurs	197
2. Vollstreckung auf seiten des Sicherungsnehmers	198
VII. Verwertung des Sicherungsgutes	198
§ 31 Mängel der deutschen besitzlosen Mobiliarsicherheiten	199
I. Rechtsunsicherheit	199
II. Fehlende Publizität	199
III. Rechtsform	200

6. Kapitel und	202
§ 32 <u>Oesterreich</u>	202
I. Pfandrechtserwerb	202
A. Faustpfandprinzip	202
B. Symbolische Uebergabe	202
1. Voraussetzungen	202
2. Bedeutung der Publizitätsfunktion	203
a) Anwendungsbereich der Uebergabe durch Zeichen	203
b) Inkonsequenzen im Bereich des Faustpfandrechts	204
3. Viehverpfändung	205
II. Sicherungsübereignung ohne Besitzübertragung	205
III. Eigentumsvorbehalt	206
1. Einfacher Eigentumsvorbehalt	206
2. Erstreckung	208
a) Erweiterter Eigentumsvorbehalt	208
b) Verlängerter Eigentumsvorbehalt	209
IV. Reformbestrebungen	210
Vierter Teil: REFORMUEBERLEGUNGEN	211
§ 33 Ausgangslage	211
I. Mängel des geltenden Rechts	211
1. Faustpfandprinzip	211
2. Instrumentarium und Bedarfsdeckung	213
a) Darlehenskredit	213
b) Warenkredit	214
II. Vorschläge zur Rechtsvereinheitlichung	214
1. Bestrebungen auf regionaler Ebene	215
a) Im Rahmen der EG	215
b) Im Rahmen des Europarates	216
2. Bestrebungen auf universaler Ebene	217
III. Tragweite der Untersuchung	218
§ 34 Reformrichtung	220
I. Rechtsform	220
1. Pfand und Eigentum	220
a) Pfandrecht	220

b) Eigentum	220
2. Einheitliches Sicherungsrecht	221
II. Interessen	223
1. Pfandgläubiger	223
2. Pfandschuldner	224
3. Drittpersonen	225
a) Dritterwerber	225
b) Drittgläubiger	225
4. Allgemeininteressen	226
III. Publizität	227
A. Publizitätsprinzip	227
B. Publizitätsmittel	227
1. Hinweis auf die vom Schuldner herzustellende Offenkundigkeit	227
2. Ausserhalb des Einflussbereiches des Schuldners errichtete Offenkundigkeit	228
a) Briefpublizität	228
b) Markierung des Sicherungsgutes	229
c) Registerpublizität	229
IV. Rechtssystematik	230
§ 35 Anwendungsbereich des Pfandrechts	232
I. Pfandgegenstand	232
A. Möglichkeit der Umschreibung	232
1. Ueberblick	232
2. Abwägung	233
B. Einzelsachen	234
C. Gesamtsachen	236
1. Warenlager	236
2. Unternehmenspfandrecht	238
a) Modelle der Globalisierung	238
b) Entscheidungsgesichtspunkte	238
II. Keine weiteren Beschränkungen	243
1. Beteiligte Personen	243
2. Pfandforderung	243

§ 36 Begründung des Pfandrechts	245
I. Zusammenhang zwischen Registrierung und Pfandvertrag	245
II. Registereintrag	247
§ 37 Wirkungen des Pfandrechts	249
I. Zwischen den Parteien	249
1. Vor der Pfandverwertung	249
a) Allgemeines	249
b) Rechtliche Verfügungen	249
2. Pfandverwertung	251
a) Pfandverwertung als Sanktion	251
b) Grundsätze	251
II. Im Verhältnis zu Dritten	252
A. Registerwirkungen	252
1. Keine positive Publizitätswirkung	252
a) Einzelsachen (gewerbliche Anlagegüter)	252
b) Warenlager	254
2. Kein öffentlicher Glaube	255
B. Stellung des Pfandgläubigers im Konkurs	256
C. Konkurrenzfragen	257
1. Grundsatz	257
2. Gesetzliche Ausnahmen	258
a) Mobiliarpfandgläubiger	258
aa) Faustpfandrecht	258
bb) Retentionsrechte	258
b) Immobiliarpfandgläubiger	259

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Die Arbeit übernimmt die im jeweiligen Land übliche Zitierweise. Zusätzliche Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen.

Die Literatur wurde bis Mai 1980 berücksichtigt.

- | | |
|---|---|
| ADAMS LEO | Pachtinventar- und Registerpfandrecht (Diss. Köln 1932) |
| ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/
GSELL/RUTSCHI | Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz (3.A., Thun 1977) |
| BAER ROLF | Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag (Bern/Stuttgart 1979) 132 ff. |
| BAERMANN JOHANNES | Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil I: Bundesrepublik Deutschland, hg. von J. Baermann (Berlin 1976), zitiert: Baermann/Bearbeiter |
| BAILEY (III) HENRY J. | Secured transactions in a nutshell (St. Paul, Minn. 1976, Nachdruck 1977) |
| BARBERO DOMENICO | Systema del diritto privato iataliano, Bd. I-II (Torino 1965) |
| BAUR FRITZ | Lehrbuch des Sachenrechts (9.A., München 1977) |
| BENOEHR HANS-PETER | Besprechung von A. WACKE, Besitzeskonstitut, AcP 1978, 386 ff. |
| BGB-RGRK/Bearbeiter | Kommentar zum BGB, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG und des BGH, hg. von Mitgliedern des BGH (12.A., Berlin/New York 1974 ff.) |
| BLASS JUERG | Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1953) |
| BLUMENWITZ DIETER | Einführung in das anglo-amerikanische Recht (2.A., München 1976) |
| BLUNTSCHLI JOHANN CASPAR | Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen, 4 Bde. (Zürich 1854 ff.), zitiert: Bluntschli, PGB |
| BODENSTEIN/EBERTH | Kreditsicherung im Geschäftsverkehr mit dem Ausland, Bd. 1: Frankreich (Köln 1977) |
| BODENSTEIN/JAHN | Kreditsicherung im Geschäftsverkehr mit dem Ausland, Bd. 2: Italien (Köln 1980) |
| von BOEHMER HENNING | Der Eigentumsvorbehalt und sonstige Warenkreditsicherungsmittel bei Lieferungen nach Frankreich (Diss. Bonn 1970) |
| BRANDT HANS | Eigentumserwerb und Austauschgeschäft (Leipzig 1940) |
| BROWN/RAUSHENBUSH | The law of personal property (3.A., Chicago 1975) |

- BURKHARD MARKUS Das Pfandrecht an Luftfahrzeugen (Diss. Bern 1932)
- CHORLEY/HOLDEN Law of Banking (6.A., London 1974)
- COING HELMUT Probleme der Anerkennung besitzloser Mobiliarpfandrechte im Raum der EWG, ZFRV 1967, 65 ff.
- CNUDCI Note du Secrétariat de la CNUDCI sur les sûretés aus Etats-Unis d'Amérique, Document A/CN.9/132 du 28 février 1977, zitiert: CNUDCI, A/CN.9/132
- CROWTHER REPORT Consumer Credit, Report of the Committee, Chairman Lord Crowther, 2 Bde., Her Majesty's Stationary Office Cmnd. 4596 (London 1971), zitiert: Crowther Report I bzw. II
- DAENIKER HEINRICH Die Mobiliarpfandhypothek im modernen schweizerischen und französischen Recht (Diss. Zürich 1908)
- DEMELIUS ERNST Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichem Recht (Wien/Leipzig 1897)
- DERNBURG HEINRICH Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. I (Leipzig 1860), Bd. II (Leipzig 1864), zitiert: Dernburg, Pfandrecht I bzw. II
- Pandekten, unter Mitwirkung von Johannes Biermann, Bd. I (mit Absicht 7.A., Berlin 1902), zitiert: Dernburg, Pandekten I
- DOSKOTZ EDGAR Faustpfand oder Registerpfand (Mobiliarpfandhypothek) als moderne Pfandrechtsart an beweglichen Sachen? (Diss. Erlangen 1934)
- DROBNIG ULRICH Empfehlen sich gesetzliche Massnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten?, Gutachten F für den 51. DJT (Sonderdruck, München 1976), zitiert: DROBNIG, Gutachten
- CNUDCI, 10^e Session, Paiements internationaux. Etude sur les sûretés, Rapport du Secrétariat général avec annexe: Principes juridiques régissant les sûretés, Document A/CN.9/131 (Wien [23. Mai] 1977), zitiert: DROBNIG, CNUDCI
- Das Trust Receipt als Sicherungsmittel im amerikanischen und englischen Recht, RabelsZ 1961, 401 ff.
- Typen besitzloser Sicherungsrechte an Mobilien, ZFRV 1972, 130 ff.
- Mobiliarsicherheiten im internationalen Wirtschaftsverkehr, RabelsZ 1974, 468 ff.
- EGGER FRITZ Die Viehverpfändung im schweizerischen Zivilgesetzbuch (Diss. Bern 1922)

- EGLI ARTHUR Die Luftfahrzeugverschreibung nach dem Entwurf eines Bundesgesetzes über das Luftfahrzeugbuch (Diss. Zürich 1958)
- EHRENZWEIG ARMIN System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I/2: Sachenrecht (2.A., Wien 1957)
- EHRIG MALTE Das Faustpfandprinzip und die dinglichen Sicherheiten an beweglichen Sachen im französischen Recht (Diss. Frankfurt a.M. 1969)
- ENGI ANDREA Die Fahrnisverschreibung im schweiz. Recht unter besonderer Berücksichtigung der französischen und deutschen Gesetzgebungen (Diss. Bern 1929)
- ESCHMANN URS Das britische Abzahlungsrecht - Konsequenzen für die Schweiz (Diss. Zürich 1976)
- Etude CNRS Conseil de l'Europe, Comité européen de coopération juridique, Aspects internationaux de la protection juridique des droits des créanciers, CCJ (72) 26 (Paris/Strasbourg 1972), zitiert: Etude CNRS
- FARGEAUD PHILIPPE Le gage sans dépossession comme instrument de crédit et le Marché commun (Paris 1963)
- FERID MURAD Das Französische Zivilrecht, 2 Bde. (Frankfurt a.M./Berlin 1971)
- FISHER/LIGHTWOOD/TYLER Law of mortgage (9.A., London 1977)
- FLUME WERNER Besitzloses Fahrnispfand im geltenden deutschen Recht, in: Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Paris 1954 (Düsseldorf 1955) 67 ff.
Besprechung von WESTERMANN, Interessenkollisionen, AcP 1955, 560 ff.
- FREUND WERNER Bedürfnis und Bedeutung eines Generalpfandes ohne Besitzübergabe, insbesondere im Handelsverkehr (Diss. Jena 1932)
- FRIEDRICH HANS-PETER Publizität und Schutz des guten Glaubens im schweizerischen Seerecht, in: Festschrift für A. Simonius "Aequitas und bona fides" (Basel 1955) 53 ff.
- FROTZ GERHARD Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, Verh. des 4. OeJT, Bd. I/3 (Wien 1970), zitiert: Frotz, Gutachten
Zur Fortbildung des Kreditsicherungsrechts durch Einführung neuer Formen der Begründung von Mobiliarpfandrechten, in: Festschrift H. Demelius (Wien 1973) 323 ff., zitiert: Frotz, Fortbildung
- FUNAIOLI/RICHTER Raccolta generale di legislazione, fondata da G. Zanobini, Bd. I-X (2.A., Milano 1961 ff.)

- GASSNER/WOLFF Die Kreditsicherung durch das bewegliche Vermögen des Schuldners im italienischen Recht, DB 1969, Beilage Nr. 10 zu Heft 19 vom 9. Mai 1969
- GAUTSCHI GEORG Berner Kommentar, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband: Art. 425-491 OR (2.A., Bern 1962, Nachdruck 1974)
- GERSTER EMANUEL Die geschichtliche Entwicklung der Fahrnisverschreibung in der Schweiz (Diss. Bern 1907)
- GIERKE OTTO Deutsches Privatrecht, Bd. II (Leipzig 1905)
- GIGER HANS Rechtliche Stellung des Konsumenten in der geplanten Neuordnung, ZBJV 1980, 199 ff.
- GMUER ROLAND Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, ASR NF 366 (Bern 1965)
- GOODE R.M. A credit law for Europe?, ICLQ 1974, 227 ff.
- GORLA GINO Del pegno, Delle ipoteche, bei Scialoja/Branca, Commentario del Codice Civile, Art. 2784-2899 (Nachdruck der 3.A., Bologna/Roma 1973)
- GRAVENHORST WULF Mobiliarsicherheiten für Darlehens- und Warenkredite in den sechs Ländern der Europäischen Gemeinschaften, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 62 (Frankfurt a.M. 1972)
- GRIESE HORST Grenzen der Sicherheit von Mobiliarkrediten im Recht der USA (Karlsruhe 1962)
- GROSS JEAN-PIERRE L'hypothèque aérienne suisse (Diss. Lausanne 1967)
- GROSSEN J.M. L'hypothèque mobilière dans quelques systèmes juridiques contemporains, ZBJV 1958, 337 ff.
- GSCHNITZER FRANZ Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Bd. IV: Sachenrecht (Wien/New York 1968)
- GUBLER FRIEDRICH T. Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?, ZSR 1954, 217a ff.
- GUEST A.G. La vente à crédit en Angleterre, RIDC 1975, 647 ff.
- GUHL THEO Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Recht und Wirtschaft 1912 1, 361 ff.
- GULDIMANN WERNER Das Bundesgesetz über das Luftfahrzeugbuch vom 7. Oktober 1959, SJZ 1961, 181 ff.
- HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL Zürcher Kommentar, Sachenrecht, Eigentum, Bd. IV/1 (2.A., Zürich 1977), zitiert: HAAB/(Bearbeiter)
- HABEL WOLFGANG Die Kreditsicherung aus dem beweglichen Vermögen im englischen Recht, Nr. 11 der Gelben Reihe des Institutes für internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens (Mainz 1975)

- HAFFTER MAX Das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte (Diss. Bern 1928)
- HAMEL JOSEPH Le gage commercial, mit Beiträgen verschiedener Autoren (Paris 1953), zitiert: Hamel/Bearbeiter
- HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET Traité de droit commercial, Bd. II (2.A., Paris 1966)
- HANBURY/MAUDSLEY Modern Equity (9.A., London 1969, Nachdruck 1971)
- HANISCH HANS Krise des Insolvenzrechts?, BJM 1977, 161 ff.
Entwicklungstendenzen des gegenwärtigen Insolvenzrechts, JBl 1977, 237 ff.
- HECK PHILIPP Grundriss des Sachenrechts (Tübingen 1930, Neudruck Aalen 1960)
- HENRICH DIETER Einführung in das englische Privatrecht (Darmstadt 1971)
- HENSON RAY D. Handbook on secured transactions under the Uniform Commercial Code (St. Paul, Minn. 1973, Nachdruck 1974)
- HEUSLER ANDREAS Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. I (Leipzig 1885), Bd. II (Leipzig 1886)
- HINDERLING HANS Der Besitz, Schweizerisches Privatrecht V/1 (Basel/Stuttgart 1977) 405 ff.
Die Bedeutung der Besitzübertragung für den Rechts-erwerb im Mobiliarsachenrecht, ZSR 1970 I 159 ff.
- HIRSCH CHRISTA Der Einfluss des römischen Rechts auf das Publizitätsprinzip des vertraglich bestellten Fahrnispfandrechts in den Partikularrechten von 1400 bis 1900 (Diss. Halle-Wittenberg 1937)
- HOFSTETTER BERNHARD L'hypothèque aérienne (Diss. Lausanne 1950)
- HOMBERGER ARTHUR Zürcher Kommentar, Bd. IV/3: Besitz und Grundbuch (2.A., Zürich 1938)
- HROMADKA WOLFGANG Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert, Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte Bd. 17 (Köln/Wien 1971)
Geschichtliche Beiträge zu Fragen des Faustpfandprinzips im schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZSR 1970 I 117 ff.
Sicherungsübereignung und Publizität, JuS 1980, 89 ff.
- HUBER EUGEN System und Geschichte des Schweiz. Privatrechtes, Bd. III (Basel 1889), Bd. IV (Basel 1893)
- HUEBNER HEINZ Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht (Erlangen 1955)

- JAEGGI PETER Berner Kommentar, Einleitungsband (Bern 1962, nahezu unveränderter Nachdruck 1966), Art. 3 ZGB
Zürcher Kommentar, Bd. V/7a: Die Wertpapiere (Zürich 1959, Nachdruck 1978)
- JANDER/KLATTEN Die Forderungssicherung unter dem Uniform Commercial Code im Handel mit den USA, AWD 1973, 171 ff.
- JOERS/KUNKEL/WENGER Römisches Privatrecht (3.A., Berlin/Göttingen/Heidelberg, Nachdruck 1978)
- JUNG H. Das englische hire-purchase law und das deutsche Abzahlungsrecht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 85 (Frankfurt a.M. 1977)
- KADERLI RUDOLPH J. Die Sicherung des Bankkredites (Diss. Bern 1938)
- KAPFER HANS Oesterreichische Gesetze, Bd. 2: Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (30.A., Wien 1976)
- KASER MAX Das römische Privatrecht, Bd. I (2.A., München 1971), Bd. II (2.A. München 1975), zitiert: Kaser I bzw. II
Das römische Zivilprozessrecht (München 1966), zitiert: Kaser, Zivilprozessrecht
- KAY HANS JOACHIM Möglichkeiten der Vereinheitlichung des deutschen und französischen Zivilrechts auf dem Gebiet der Mobiliarsicherheiten (Diss. Tübingen 1969)
- KLANG HEINRICH Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (2.A., Wien 1948 ff.), zitiert: Klang/(Bearbeiter)
Der Gesetzentwurf des Hauptverbandes der Industrie über das Registerpfand, JBl 1926, 302 ff.
- KLAUSING FRIEDRICH Fiduziarische Rechtsgeschäfte, einschliesslich Sicherungsübereignung, in: RvglHWB Bd. III (Berlin 1931) 368 ff.
- KLEIN FREDERIC-EDOUARD Sicherungsübereignung und abstrakte bzw. kausale Gestaltung des dinglichen Uebertragungsgeschäfts in der kontinentalen Judikatur und Rechtslehre, BJM 1958, 201 ff., 249 ff.
La reconnaissance en droit international privé des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger, Recueil des travaux suisses présentés au X^e Congrès international de droit comparé (Basel 1979) 57 ff.
- KOCH ECKHART Die "Floating Charge" (Diss. Basel 1967)
- KOHLMANN RICHARD Pfandrechte (mortgages und pledges), bei Heinsheimer, Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. II/1: Das Zivilrecht Englands (Mannheim/Berlin/Leipzig 1931) 507 ff.

- KOLLBRUNNER CHRISTIAN Der Zeitpunkt des Eintrages des Eigentumsvorbehaltes (Diss. Zürich 1971)
- KOZIOL/WELSER Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. II (4.A., Wien 1978)
- KROHN WOLFGANG Forderungssicherung bei Lieferungen nach den USA, AWD 1964, 165 ff.
- KUNZLER GERTRUD Das Nantissement du Fonds de Commerce, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 3 (Frankfurt a.M./Berlin 1960)
- KURTOGLU SERDA Les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession du propriétaire en droit français et en droit turc (Diss. Lausanne 1957)
- LAAGER FRITZ Eigentumsvorbehalt und Fahrnisverschreibung in der eidgenössischen Gesetzgebung (Diss. Heidelberg 1909)
- GRAF LAMBSDORFF HANS GEORF Handbuch des Eigentumsvorbehaltes im deutschen und ausländischen Recht (Frankfurt a.M. 1974)
- LAWSON F.H. Introduction to the law of property (London 1958, Nachdruck 1977)
- LEEMANN HANS Berner Kommentar, Das Eigentum (2.A., Bern 1920); Die beschränkten dinglichen Recht (1.A. Bern 1925)
- LEHM GERHARD Die Entwicklung des deutschen Fahrnispfandrechts in der neueren Zeit (Diss. Leipzig 1935)
- LEHMANN HEINRICH Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen (Stuttgart 1937)
- LINCKELMANN KARL Die Sicherheitsübereignungen, Arch.bürg.R. 1893, 209 ff.
- LIVER PETER Zürcher Kommentar, Bd. IV/2a/1: Die Grunddienstbarkeiten (2.A., Zürich 1980)
- Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1 (Basel/Stuttgart 1977) 1 ff., zitiert: Liver, Eigentum
- von LUEBTOW ULRICH Hand wahre Hand, Festschrift der juristischen Fakultät Berlin zum 41. DJT (Berlin 1955) 120 ff.
- LUTHER GERHARD Einführung in das italienische Recht (Darmstadt 1968)
- MARTIN ALFRED Pactum reservati dominii et hypothèque mobilière (Genf 1903)
- MARTY/RAYNAUD Droit civil, Teil III, Bd. 1 (2.A., Paris 1971), zitiert: Marty/Raynaud III/1
- MAYRHOFER HEINRICH Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, OeJZ 1969, 197 ff.

- MAZEAUD/CHABAS Mazeaud Henri, Léon et Jean; Chabas François; Leçons de droit civil, Teil III, Bd. 1 (5.A., Paris 1977), zitiert: Mazeaud/Chabas III/1
- MEIER-HAYOZ ARTHUR Berner Kommentar, Das Eigentum: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 (4.A., Bern 1966)
- Berner Kommentar, Das Eigentum: Grundeigentum I, Art. 655-679 (3.A., Bern 1964, Nachdruck 1974)
- MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (3.A., Bern 1978)
- MERTENS HANS-JOACHIM Eigentumsvorbehalt und sonstige Sicherungsmittel des Verkäufers im ausländischen Recht (Berlin 1964)
- MERZ HANS Berner Kommentar, Einleitungsband (Bern 1962, nahezu unveränderter Nachdruck 1966) Art. 2 ZGB
- METZGER ERNST Kollisionen zwischen der dinglichen Sicherung von Lieferantenkredit und Bankkredit, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 23 (Frankfurt a.M./Berlin 1964) 17 ff.
- Zur neuesten Entwicklung des kaufmännischen Registerpfandrechts in Frankreich, ZHR 1952, 150 ff.
- MEYER HERBERT Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen (Jena 1903)
- MITTEIS-LIEBERICH Deutsches Privatrecht (8.A., München 1978)
- MUNZINGER WALTHER Motive zu dem Entwurf eines schweizerischen Handelsrechtes (Bern 1865)
- NESEMANN JUERGEN Rechtsformen des Mobiliarkredites in der Landwirtschaft (Diss. Göttingen 1968)
- NICKEL-SCHWEIZER GABY Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarischen Eigentum in Deutschland und in der Schweiz; Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen, Heft 25 (Basel/Stuttgart 1977)
- OFFINGER WALTER Die Verwendung von Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt in der Schweiz (Diss. Freiburg i.Br. 1958)
- OFTINGER KARL Ueber die Frage der Wünschbarkeit einer besonderen Regelung des Pfandrechts an Luftfahrzeugen, ArchLR 1938, 113 ff.
- OFTINGER/BAER Zürcher Kommentar, Bd. IV/2c: Das Fahrnispfand, Art. 884-918 (3.A., Zürich 1981)
- OSER HUGO Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, ZSR 1969, 461 ff.

- OSER/SCHOENENBERGER Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Halbband, Art. 184-418 (2.A., Zürich 1936); 2. Halbband, Art. 419-529 (2.A., Zürich 1945)
- OSTERTAG FRITZ Berner Kommentar, Besitz und Grundbuch, Art. 919-977 (2.A., Bern 1917)
- PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE (Palmer's) Company Law, Bd. I (22.A., London, Edinburgh)
- PATRY ROBERT Grundlagen des Handelsrechts, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1 (Basel/Stuttgart 1976) 1 ff.
- PAULICK HEINZ Das Registerpfandrecht als Kreditsicherungsform der Zukunft unter Berücksichtigung ausländischer Rechte (Diss. Leipzig 1933)
- PENNINGTON ROBERT R. Company Law (4.A., London 1979)
- PFETSCH REINHARD Die Ausweitung des Gutglaubensschutzes beim Kauf beweglicher Sachen im amerikanischen Recht durch den Uniform Commercial Code, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd. 14 (Berlin 1973)
- PFISTER H. Die Fahrnisverschreibung im Entwurf eines schweizerischen ZGB, ZBJV 1903, 249 ff., 321 ff.
- PLANIOL/RIPERT/BECQUE Traité pratique de droit civil français, Bd. XII, bearbeitet von Emile Becqué (2.A., Paris 1953)
- RAHN J.D. Die freiwillige Pfandverschreibung von Fahrhabe, ZSR 1853, 3 ff.
- RAISER LUDWIG Das Kraftfahrzeugregister in Italien, RabelsZ 1929, 418 f.
- RAUCH JOHANN OTTO Der Eigentumsvorbehalt insbesondere nach dem schweizerischen ZGB und seine event. Ergänzung im BGB durch ähnliche Sicherungsmittel oder Registerpfandrecht (Diss. Leipzig 1933)
- REICH NORBERT Die Sicherungsübereignung (Bad Homburg v.d.H. 1970)
- REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung, AcP 1969, 247 ff.
- REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung im Ausland (3.A., Heidelberg 1973)
- REICHWEIN HEINZ Sicherungsübereignung und Faustpfand im schweizerischen Recht, SJZ 1950, 321 ff.
- REINECKER/PETEREIT Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil II: Frankreich; hg. von W. Hadding und U.H. Schneider, bearbeitet von H. Reinecker und W. Petereit (Berlin 1978)
- REISS WERNER Die Finanzierung des Kreditkaufs von Konsumgütern nach französischem Recht, AWD 1971, 22 ff.

- RESCIGNO PIETRO Manuale del diritto privato italiano (Nachdruck der 3.A., Napoli 1978)
- RIESENFELD STEFAN Kollisionen zwischen der dinglichen Sicherung von Lieferantenkredit und Bankkredit, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 23 (Frankfurt a.M/Berlin 1964) 41 ff.
- RIPERT/ROBLOT Traité élémentaire de droit commercial, Bd. I (9.A., Paris 1977), Bd. II (8.A., Paris 1976)
- ROMAIN ALFRED Das mortgage, eine entwicklungsgeschichtliche und rechtsgeschäftliche Studie (Diss. München 1956 MaschSchr.)
- RUBINO DOMENICO L'ipoteca immobiliare e mobiliare, bei Cicu/Messineo, Trattato di diritto civile e commerciale, Bd. XIX (Milano 1956)
- DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS Istituzioni di diritto civile, Bd. II (10.A., Milano/Messina 1972)
- SADTLER MICHAEL Grundzüge der Kreditsicherung durch vereinbarte securities an beweglichen Sachen (personal chattels) im englischen Recht, Nr. 24 der Gelben Reihe des Institutes für internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens (Mainz 1977)
- SALINGER Empfehlen sich gesetzliche Massnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignungen?, in: Verh. des 31. DJT, Bd. I (Berlin 1912) 409 ff.
- SCHINNERER/AVANCINI Bankverträge, II. Teil (3.A., Wien 1978)
- SCHLUEP WALTER R. Innominatverträge, Separatdruck aus Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2 (Basel/Stuttgart 1979)
- SCHMID HANSJAKOB Das Traditionsprinzip im neueren schweizerischen Sachenrecht (Diss. Zürich 1945)
- SCHNEIDER/FICK Das Schweizerische Obligationenrecht, Bd. I (2.A., Zürich 1896)
- SCHOENDORF FRIEDRICH Materialien zur Frage von der Mobiliarhypothek, ZHR 68 (1910) 483 ff.
- SCHOENENBERGER/SCHMID Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. V/2b 2. Lieferung, Art. 261-274 (3.A., Zürich 1977)
- SCHOLZ HELLMUT Das Recht der Kreditsicherung (4.A., Berlin 1972)
- SERICK ROLF Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I-IV/1 (Heidelberg 1963-1976)
- SIEHR KURT Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Internationalen Privatrecht, insbesondere im deutsch-italienischen Rechtsverkehr, AWD 1971, 10 ff.
- SIMITIS KONSTANTIN Das besitzlose Pfandrecht, AcP 1971, 94 ff.

- SMITH/ROBERSON Business Law, Uniform Commercial Code (3.A., St. Paul, Minn. 1971, Nachdruck 1973)
- SOERGEL Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 (11. A., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978), Bd. 5 (11. A., Stuttgart usw. 1978); zitiert: Soergel/Bearbeiter
- STAEHELIN FELIX ALFRED Probleme aus dem Gebiet des Eigentumsvorbehaltes, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 11 (Basel 1937)
- STARK EMIL Berner Kommentar, Der Besitz, Art. 919-941 (3.A., Bern 1976)
- STAUDINGER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (12.A., Berlin 1978 ff.; teilweise 11.A., Berlin 1955 ff.), zitiert: Staudinger/Bearbeiter
- TALLON DENIS Réflexions comparatives sur la réserve de propriété et les différents modes de crédit mobilier, Festschrift für J. Baermann (München 1975) 921 ff.
- TER MEULEN EDZARD Die Floating Charge - ein Sicherungsrecht am Vermögen einer englischen Company, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 43 (Frankfurt a.M./Berlin 1969)
- THEUERKAUF Die Verpfändung gegen Domizilpfandschein im französischen Recht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 53 (Frankfurt a.M./Berlin 1971)
- TORRENTE/SCHLESINGER Manuale di diritto privato (8.A., Milano 1974)
- TRABUCCHI ALBERTO Istituzioni di diritto civile (20.A., Padova 1974)
- TRACHSEL RENE Die Warenverpfändung zur Sicherung des Bankkredits (Diss. Bern 1949)
- TRIEBEL V. Englischs Handels- und Wirtschaftsrecht (Heidelberg 1978)
- TRIMARCHI PIETRO Istituzioni di diritto privato (Milano 1973)
- TUCCI G. Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti (Milano 1974)
- von TUHR/PETER Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (3.A., Zürich 1979)
- UNIDROIT Conseil de l'Europe, Vente à tempérament et à crédit d'objets mobiliers corporels dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Etude de droit comparé préparée par UNIDROIT (Strasbourg 1970); zitiert: UNIDROIT
- UNIFORM COMMERCIAL CODE 1972 Official Text with Comments and Appendix showing 1972 changes (Philadelphia/Chicago 1972, Nachdruck 1973); zitiert: UCC, Kommentar

- WACKE ANDREAS Das Besitzeskonstitut als Uebergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik (Köln 1974)
- Besprechung von HROMADKA, Faustpfandprinzip, GRAVENHORST, Mobiliarsicherheiten, THEUERKAUF, Domizilpfandschein, JZ 1975, 542 f.
- von WAECHTER CARL GEORG Pandekten, hg. von Oskar von Wächter, Bd. II (Leipzig 1881)
- WAHL/BLOMEYER Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, in: RvglHWB Bd. V (Berlin 1936) 583 ff.
- WEBER DARIUS Das Publizitätsprinzip im schweizerischen Recht der beweglichen Sachen (Diss. Basel 1963), zitiert: Weber, Publizitätsprinzip
- WEBER HANSJOERG Sicherungsgeschäfte (München 1973), zitiert: Weber, Sicherungsgeschäfte
- WEHSE ECKART Die Sicherung von Warenkredit bei Verkäufen nach Frankreich, AWD 1972, 602 ff.
- WEISS EGON Pfandrechtliche Untersuchungen, II. Abt. (Weimar 1910)
- WEISWEILER GUSTAV Die Reform der Sicherungsübereignung unter besonderer Berücksichtigung der Einführung eines Registerpfandrechts (Diss. Köln 1927)
- WELLSPACHER MORITZ Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Recht (Wien 1906)
- Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus, GrünhZs 1904, 631 ff.
- WESTERMANN HARRY Sachenrecht (5.A., Karlsruhe 1966, Nachdruck 1973)
- Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderung (Karlsruhe 1954), zitiert: Westermann, Interessenkollisionen
- WHITE/SUMMERS Handbook of the law under the Uniform Commercial Code (St. Paul, Minn. 1972, Nachdruck 1977)
- WIEGAND WOLFGANG Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979 (Bern/Stuttgart 1979) 283 ff.
- WIELAND CARL Kommentar zum Sachenrecht (Zürich 1909)
- WINDSCHEID BERNHARD Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I (mit Absicht 7.A., Frankfurt a.M. 1891)
- WOLFF/RAISER Sachenrecht, Bd. III des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Kipp und Wolff (10.A., Tübingen 1957)
- ZWEIGERT KONRAD Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, RabelsZ 1958, 1 ff.

A B K U E R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

A.	Auflage
a	frühere Fassung des betreffenden Gesetzes (z.B. aOR)
a.A.	am Anfang
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
ACP	Archiv für die civilistische Praxis (Heidelberg 1820 ff.; Tübingen 1878 ff.; NF 1923 ff.)
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Al.	Alinea
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten vom 5. Februar 1794
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
aOR	altes schweizerisches Obligationenrecht = BG über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881
Arch.	Archiv
Arch.bürg.R.	Archiv für bürgerliches Recht (Berlin 1889-1919)
ArchLR	Archiv für Luftrecht (Königsberg, später Berlin 1931-1943)
AS	Sammlung der eidgenössischen Gesetze, Jahrgang 1948 ff.
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (begründet von Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt von Prof.Dr. Theo Guhl, hg. von Prof.Dr. Hans Merz; Verlag Stämpfli & Cie., Bern)
AWD	Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (Heidelberg 1954 ff.); seit 1975: Recht der internationalen Wirtschaft
BaG	BG über die Banken und Sparkassen vom 8. Nov. 1934
BB	Der Betriebsberater (Heidelberg 1946 ff.)
BB1	Bundesblatt
Bem.	Bemerkung
Berner Kommentar	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (begründet von Prof.Dr. Max Gmür, fortgesetzt von Dr. H. Becker, hg. von Prof.Dr. A. Meier-Hayoz; Verlag Stämpfli & Cie. Bern)
bes.	besonders

BG	Bundesgesetz (mit Datum der Annahme durch die Bundesversammlung)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGB-RGRK	Kommentar zum BGB, hg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (12.A.)
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland oder Oesterreich)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung (Lausanne 1875 ff.)
BGer	Bundesgericht
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof (Karlsruhe)
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Detmold 1951 ff.)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel 1954 ff.)
Botsch	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweiz. Zivilgesetzbuch, vom 28. Mai 1904 (zit. nach der Separatausgabe)
Bull	Bulletin
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
CCJ	Comité européen de Coopération Juridique
Cciv.	Code civil français vom 21. März 1804
Ccom.	Code de commerce vom 31. Januar 1841
CC	Codice civile italiano vom 16. März 1942
Cmd.	Command Papers, Sessions 1956 ff.
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
D.	Digesta (Corpus iuris civilis)
DB	Der Berieb (Düsseldorf 1948 ff.)
DERS.	derselbe Autor
Diss.	Dissertation (thèse)
DJT	Deutscher Juristentag
E	Entwurf zum ZGB, vorgelegt mit der Botschaft des Bundesrates vom 28. Mai 1904
EG	Europäische Gemeinschaften
eidg.	eidgenössisch
EigVV	VO betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19. Dez. 1910

Einl.	Einleitung
Einleitungsband	Berner Kommentar zu den Art. 1-10 ZGB, bearbeitet von P. Liver, A. Meier-Hayoz, H. Merz, P. Jäggi, H. Huber, H.-P. Friedrich und M. Kummer (Bern 1962, nahezu unveränderter Nachdruck 1966)
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17. Juli 1973
Erl	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (von Eugen Huber), 2 Bde. (2.A., Bern 1914)
EvBl	(österreichisches) Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.(ff.)	und nächstfolgende Seite(n) bzw. und nächstfolgende(r) Artikel
gl.M.	gleicher Meinung
GrünhZs	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Wien 1874-1916)
hg.	herausgegeben
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
HRV	VO über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly (London 1952 ff.)
i.e.S.	im engeren Sinn
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.	im Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter (Wien 1871 ff.)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen 1951 ff.)
Kap.	Kapitel
KO	(deutsche) Konkursordnung vom 10.2.1877, mit seitherigen Aenderungen
LBG	BG über das Luftfahrzeugbuch vom 7. Oktober 1959
MaschSchr.	in Maschinenschrift
m.a.W.	mit andern Worten
m.E.	meines Erachtens
N.	Note (Fussnote oder Randnote)

NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München und Berlin 1948 ff.)
Nr.	Nummer
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OeJT	Oesterreichischer Juristentag
OeJZ	Oesterreichische Juristenzeitung (Wien 1946 ff.)
OR	revidiertes Schweizerisches Obligationenrecht = BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dez. 1936
PGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1853-1855
Prot	Protokoll
ProtExpKom	Protokoll der Expertenkommission für das ZGB, III. Session (3.-15. November 1902); (autographisch vervielfältigter Text)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Berlin und Leipzig 1927-1942, Berlin und Tübingen 1949 ff.)
R.D.	Regio Decreto
R.D.L.	Regio Decreto Legge
RG	Deutsches Reichsgericht
RGBl I	(deutsches) Reichsgesetzblatt, Teil I
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig 1880-1943)
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé (Paris 1949 ff.)
RvglHWB	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, hg. von Schlegelberger, 7 Bde. (Berlin 1929 ff.)
S.	Seite
s.	siehe
SchFG	BG betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889/28. September 1949
SchFG	BG über das Schiffsregister vom 28. September 1923
sect.	section, sections
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich 1904 ff.)
sogen.	sogenannt
SeG	BG über die Seeschifffahrt unter Schweizerflagge vom 23. September 1953
StenBullNR	Ämtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
StenBullStR	Ämtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StR	Ständerat
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechtes
Syst. Teil	Systematischer Teil
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
SZGerm	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Weimar 1880 ff.) Germanistische Abteilung
SZRom	Romanistische Abteilung
TSG	Tierseuchengesetz vom 1. Juli 1966
u.a.	unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Privé, Rome
US	Supreme Court of the United States
USA	United States of America
VE	Vorentwurf zum ZGB, vorgelegt vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement, vom 15. November 1900
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörde (Bern 1927 ff.)
Verh.	Verhandlungen
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkungen
VVG	BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908
VZEG	BG über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen vom 25. September 1917
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil 1920 ff.)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern 1865 ff.)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Wien 1960 ff.)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (Stuttgart 1858 ff.)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung

ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich 1902 ff.)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel 1852 ff.; NF Basel 1882 ff.)
z.T.	zum Teil
Zürcher Kommentar	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Verlag Schulthess & Co. AG, Zürich)

§ 1 Einleitung

I. Problem

Die geltende schweizerische Fahrnispfandrechtsordnung wird vom Faustpfandprinzip (Art. 884 I, III ZGB) beherrscht. Das ZGB mutet dem Schuldner zu, auf den unmittelbaren Besitz an der Sache und damit auf deren Nutzung und wirtschaftlichen Wert zu verzichten. Der Gläubiger erhält auf diese Weise eine vollwertige dingliche Sicherheit, die auf der eigenen Sachherrschaft und der Erkennbarkeit der Belastung für Dritte beruht. Die im Faustpfandprinzip enthaltene, scheinbar selbstverständliche Zurückstellung der Interessen des Schuldners verunmöglicht indessen die Verpfändung wertvoller, aber für den Pfandgeber unentbehrlicher Sachen. Die im Arbeits- und Produktionsprozess verwendeten Werkzeuge, Geräte und Maschinen sowie Rohstoffe und Produkte aller Art⁽¹⁾ können nicht der Kreditsicherung dienstbar gemacht werden. Selbst für den Pfandgläubiger erweist sich die Besitzübertragung im Hinblick auf die ihn treffenden Verwahrungspflichten als Nachteil, zumal der Nutzungsentzug keineswegs die Werterhaltung der Pfandsache garantiert⁽²⁾.

Das Faustpfandrecht verliert weltweit an Bedeutung⁽³⁾. Dem ständig wachsenden Kreditbedürfnis der modernen Wirtschaft⁽⁴⁾ wird ausserhalb des sozialistischen Rechtskreises mit der Entwicklung besitzloser Mobiliarsicherheiten Rechnung getragen⁽⁵⁾. Angesichts des zunehmenden grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs wird die Notwendigkeit zur internationalen Harmonisierung der Kreditsicherungsrechte immer dringender⁽⁶⁾.

1) EHRIG 26; zur wirtschaftlichen Bedeutung der Mobilien vgl. SIMITIS, AcP 1971, 95; GROSSEN, ZBJV 1958, 353 ff.; WEBER, Publizitätsprinzip 35.

2) Vgl. FROTZ (Fortbildung 323), der auf die technische Veralterung und den Modellwechsel hinweist; s. auch DROBNIG, CNUDCI 8; hinten § 33 I.

3) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 7, 15 f.

4) Vgl. DROBNIG, RabelsZ 1974, 469 f.

5) Vgl. DROBNIG, ZFRV 1972, 130; DERS., CNUDCI 8, 15.

6) HANISCH, JBl 1977, 240; DROBNIG, RabelsZ 1974, 468. FROTZ (Gutachten 15) unterscheidet zwischen einem unverzichtbaren und verzichtbaren Regelungsbestand der eigenen Rechtsordnung; vgl. ausführlich § 33 II.

111

In der geschilderten Situation stellt sich auch für die Schweiz die Frage nach einer neuen Konzeption der Pfandrechtsbegründung. Die vorliegende Arbeit soll Anlass und Beitrag zur Diskussion eines Fahrnispfandes ohne Besitzübertragung sein.

II. Methode

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. Im ersten Teil werden die verschiedenen Funktionen des Pfandbesitzes in geschichtlicher Entwicklung und der Versuch EUGEN HUBERS, die Fahrnisverschreibung ins Bundesrecht zu übernehmen, aufgezeigt. Der zweite Teil ist dem geltenden Rechtszustand gewidmet. In die anschliessende Darstellung von Lösungen ausländischer Rechtsordnungen (dritter Teil) werden neben den Nachbarländern Frankreich, Italien, Deutschland und Oesterreich das englische Recht und die kreditversicherungsrechtliche Neuordnung des amerikanischen Uniform Commercial Code (UCC) miteinbezogen. Da bei allen neueren Reformbestrebungen das in Art. 9 UCC normierte Sicherungsrecht eine grosse Anziehungskraft bewiesen hat, steht dieser Lösungsweg am Anfang der Darlegungen. Der vierte Teil schliesslich enthält die Ueberlegungen für eine mit den Wertungen des ZGB verträgliche Reform des Fahrnispfandrechtes.

III. Terminologie

Der Begriff "Mobiliarhypothek" bezeichnet in der deutschschweizerischen Rechtssprache das besitzlose Fahrnispfand⁷⁾. Mit dieser Terminologie wird lediglich zum Ausdruck gebracht, dass der Pfandgegenstand wie bei der Immobiliarhypothek im Besitz des Verpfänders verbleibt. In der französischen Rechtssprache dagegen erweckt der Begriff der Mobiliarhypothek die Vorstellung einer Wesensverwandtschaft des besitzlosen Fahrnispfandes mit der Grundstückshypothek. Unter Mobiliarhypothek wird deshalb ausschliesslich ein Institut verstanden, bei dem das künstliche, an die Stelle der Besitzübertragung tretende Publizitätsmittel einen Ausschluss des gutgläubigen Fahrniserwerbes bewirkt⁸⁾.

7) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 33.

8) Vgl. § 23 I 2; s. auch GRAVENHORST 101 ff.; HOFSTETTER 15; PAULICK 65; SIMITIS, AcP 1971, 109/110; KLANG, JBl 1926, 303.

Im folgenden werden für das Fahrnispfandrecht, bei dem der Gläubiger nicht Besitz am Sicherungsgut erhält, die Ausdrücke "besitzloses Pfand" und "Mobiliarhypothek" synonym verwendet. Um aber die im romanischen Rechtskreis(9) übliche Terminologie zu wahren, werden die unter den Begriff "hypothèque mobilière" fallenden Institute als echte Mobiliarhypotheken bezeichnet.

9) Zu Italien vgl. § 27 I 2

Erster Teil: HISTORISCHE GRUNDLAGEN

§ 2 Römisches Recht

I. Rechtsinstitute zur Verwirklichung von Pfandzwecken mit Besitz des Gläubigers am Sicherungsgegenstand

1. Eigentum als Sicherungsmittel: *fiducia cum creditore contracta*

Das altrömische Recht kannte kein Pfandrecht. Um dennoch eine Real-sicherheit(1) zu erreichen, behalf man sich mit der *fiducia cum creditore contracta*.

Die *fiducia* ist eine durch *mancipatio* oder in *iure cessio*, an *res mancipi* vorgenommene und mit einer Treuabrede (*pactum fiduciae*) versehene Eigentumsübertragung des Schuldners an seinen Gläubiger zu Pfandzwecken(2). Die fiduziarische Sicherungsübereignung ist somit die Urform des Pfand-rechtes(3). Da die Sachhingabe an den Erwerber einen Teil der Förmlich-keiten des Rechtsübertragungsaktes bildet(4), erhält der Gläubiger anfäng-lich unmittelbaren Besitz an den zur Sicherheit übereigneten Sachen(5).

-
- 1) Vgl. aber nachstehend II 3; zum Begriff s. auch ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 509; BAERMANN/BRINK 25/26; SCHOLZ 28. - Zudem BLASS 39 N. 3; JOERS/KUNKEL/WENGER 153; KASER I 144: "Nur ein undeutliches Bild besitzen wir von den Vorstufen des Pfandrechtes."
 - 2) KASER I 144, im einzelnen 460 ff.; JOERS/KUNKEL/WENGER 154; DERNBURG, Pfandrecht I 7 f.; BLASS 39 f.; ENDEMANN, Besprechung von P. OERTMANN, Die *Fiducia* im römischen Privatrecht (Berlin 1890), in: ZHR 1892, 311 f.; MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 61.
 - 3) KLAUSING 368; WACKE 59/60; OFTINGER, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis (Diss. Bern 1933) 74; NICKEL-SCHWEIZER 10 f.; GUBLER, ZSR 1954, 238a; KLEIN, BJM 1958 204.
 - 4) DERNBURG, Pfandrecht I 17; WACKE 6.
 - 5) HROMADKA 16/17; KOCH 101; ROMAIN 78.

2. Pfand als beschränktes dingliches Recht an fremder Sache: pignus

Das pignus stellt demgegenüber ursprünglich eine durch traditio, an res nec Mancipi bestelltes Pfandrecht dar. Auch es verlangt anfangs immer eine Uebergabe der Sache vom Verpfänder an den Pfandnehmer (pignus datum) (6).

3. Faktisches Faustpfandprinzip

Infolge der tatsächlichen Gegebenheiten - ein rational ausgebildetes Gerichtsverfahren(7) und eine wirksame Zwangsvollstreckung(8) fehlen - ist auf dieser Stufe der Rechtsentwicklung ein beim Schuldner belassenes Pfand für den Gläubiger sinnlos. Faktisch gilt deshalb das Faustpfandprinzip, beschränkt auf den Zweck, den Pfandgläubiger gegen den Verpfänder zu schützen(9).

II. Pfandrecht ohne unmittelbaren Besitz des Gläubigers

1. Irrelevanz der tatsächlichen Besitzverhältnisse

Die Ausbildung des römischen Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrechtes ermöglicht die Entstehung eines besitzlosen Pfandes(10).

a) Fiducia

Damit der Schuldner nicht auf den Besitz des für ihn unentbehrlichen Pfandgegenstandes verzichten muss, geht man dazu über, ihm die Pfandsache miet-, pacht- oder bittweise zurückzugeben(11). Später erübrigt sich selbst

6) KASER I 144 N. 15; JOERS/KUNKEL/WENGER 155.

7) KASER, Zivilprozessrecht 21 f.

8) KASER, Zivilprozessrecht 19 f.; JOERS/KUNKEL/WENGER 379.

9) HROMADKA 17, 22; zudem LINCKELMANN, Arch.bürg.R. 1893, 210 oben.

10) HROMADKA 17.

11) DERNBURG, Pfandrecht I 18.

die Uebergabe; man begnügt sich im Rahmen der *mancipatio* und der in *iure cessio* mit dem symbolischen Zugriff des Gläubigers(12). Die Besitzübertragung erfüllt demnach nicht mehr die tatsächliche Funktion eines Faustpfandes(13), sondern die eines Rechtsbegründungsaktes(14). Die an die förmlichen Uebereignungshandlungen des alten *ius civile* gebundene *fiducia* verschwindet indessen zusammen mit der *mancipatio*(15) und wird von JUSTINIAN aus den klassischen Juristenschriften ausgemerzt(16). Sie ist somit für die hier interessierende weitere Rechtsentwicklung unbeachtlich.

b) Pignus

Parallel zur *fiducia*(17) verkümmert auch beim *pignus* das Erfordernis der Besitzübertragung zum Rechtsbegründungsakt(18). Die Sachhingabe bezweckt also nicht mehr, ein bestimmtes tatsächliches Besitzverhältnis zu schaffen(19). Seit der Klassik wird zudem das *constitutum possessorium* als Traditionssurrogat anerkannt(20). Das *pignus* als Realkontrakt(21) stellt aber nach wie vor ein Besitzpfand dar, da der Pfandgläubiger Interdiktenbesitz erhält(22).

2. Vertragspfand (Mobiliarhypothek)

a) Pignus obligatum

Bereits im 3. Jahrhundert v. Chr. wird dem Pächter ermöglicht, die

12) HROMADKA 18.

13) Oben I 3.

14) HROMADKA, ZSR 1970 I 125.

15) KASER II 313.

16) DERNBURG, Pfandrecht I 95; JOERS/KUNKEL/WENGER 153; WACKE 7.

17) DERNBURG, Pfandrecht II 78 f.

18) HROMADKA 18.

19) HROMADKA, ZSR 1970 I 125.

20) KASER I 394.

21) KASER I 536.

22) KASER I 389; JOERS/KUNKEL/WENGER 155; HROMADKA 20.

von ihm auf das Landgut eingebrachten Inventarstücke (invecta illata) vornehmlich zur Sicherung der Pachtzinsforderung durch formfreien Vertrag ohne Uebergabe zu verpfänden(23); eine ähnliche Abrede wird auch bei der Miete gebräuchlich(24). Diese Entwicklung setzt voraus, dass nun nicht mehr die Form - in unserem Fall die Besitzübertragung - Geltungsgrund des Rechtsgeschäftes bildet(25), sondern dem Willen als solchem, auch wenn er nicht in eine Wirkform gekleidet ist(26), rechtserzeugende Kraft zuerkannt wird(27). Darauf basierend hat sich in klassischer Zeit das Anwendungsgebiet des besitzlosen Pfandes auf die Sicherung von Forderungen und an Sachen aller Art erweitert(28). Sowohl Einzelsachen als auch Sachgesamtheiten können verpfändet werden. Das vertraglich begründete, besitzlose Generalpfandrecht am gegenwärtigen und zukünftigen Gesamtvermögen ist zulässig(29).

b) Hypotheca

Anfänglich ist das Vertragspfand im Begriff des pignus mitenthalten(30). In der Klassik geht man dazu über, das Vertragspfand als hypotheca zu bezeichnen(31). Der Ausdruck "pignus" wird demzufolge nur noch für das mit Besitzübertragung begründete Pfandrecht verwendet. Die Terminologie ist jedoch nicht einheitlich(32). Das Fehlen einer scharfen terminologischen Grenzziehung deutet darauf hin, dass beide Pfandrechtsformen sich nur hinsichtlich der Art ihrer Entstehung und nicht etwa inhaltsmässig(33) unterscheiden.

23) KASER I 144/145; JOERS/KUNKEL/WENGER 156/157; WEISS II 57; WACKE 23 N. 66.

24) DERNBURG, Pfandrecht I 55.

25) DULCKEIT, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, in: Festschrift Fritz SCHULTZ I (Weimar 1951) 161.

26) DULCKEIT (zit. vorige N.) 163.

27) HROMADKA 19.

28) KASER I 465

29) SCAEVOLA D. 20,1,34,2; ULPIAN D. 20,4,7,1; GAIUS D. 20,1,15,1; (zit. nach KOCH 103 N. 1). KASER I 466; WACKE 64 N. 151; TER MEULEN 17.

30) KASER I 458; JOERS/KUNKEL/WENGER 156.

31) KASER I 463, II 314 (für die Nachklassik).

32) KASER I 463; JOERS/KUNKEL/WENGER 156; KOCH 102 bei N. 2.

33) MARCIAN D. 20,1,5,1: "Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt."

den. Des weiteren folgt daraus, dass nicht der Besitz als äusserlich erkennbarer Rechtszustand, sondern die Besitzübertragung als einmaliger Rechtsbegründungsakt die Abgrenzungskriterium zwischen *pignus* und *hypotheca* bildet (34).

3. Eigenart der römischen Realsicherheiten

Für die folgende Betrachtung ist von der Tatsache auszugehen, dass die Römer zu jeder Zeit den Personalkredit mit Bürgenstellung(35) dem Realkredit vorgezogen haben(36). Dingliche Sicherheiten vermitteln aber nur dann nicht mehr Sicherheit als Bürgen, wenn sie eben nicht ausschliesslich sachbezogene Sicherheit gewähren, sondern im Hinblick auf die Kreditwürdigkeit des Schuldners bestellt werden. Sowohl *pignus* als auch *hypotheca* sind demnach nicht die Grundlage eines Kredites, der im Vertrauen auf den Wert und die Verwertbarkeit der Sicherungsgegenstände gewährt wird(37). Die Bestellung einer Hypothek setzt vielmehr Vertrauen in den Schuldner voraus, in dessen Besitz die Pfandsache verbleibt. Da das römische Recht den Gutgläubensschutz nicht kennt(38), bietet auch das Faustpfand keinen Schutz gegen eine ältere Hypothek oder ein durch Besitzkonstitut begründetes Pfandrecht(39). Das *pignus* wird m.a.W. ebenfalls im Vertrauen auf die Rechtschaffenheit des Schuldners begründet(40). Die Bestellung eines *pignus* oder einer *hypotheca* ist somit lediglich ein Mittel zur Verstärkung des Personalkredites(41).

34) HROMADKA, ZSR 1970 I 125.

35) Der Bürgschaftskredit wird auch kollektiver Personalkredit genannt. Synonym für den einfachen Personalkredit oder Personalkredit i.e.S. ist demgemäss der Blankokredit; vgl. ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 147, (Art. Blankokredit, von STRASSER).

36) DERNBURG, Pandekten I 641; KASER I 457; JOERS/KUNKEL/WENGER 212 N. 2.

37) DERNBURG, Pandekten I 642.

38) KASER I 413, II 276; zudem STARK, Vorbem. Art. 930-937 N. 5.

39) Dem Pfandgläubiger erwachsen Schadenersatzansprüche (DERNBURG, Pfandrecht I 166 ff.). Derjenige, der dieselbe Sache mehrfach verpfändet, wird zudem strafrechtlich verfolgt (*crimen stellionatus*); s. DEMELIUS 158 bei N. 9.

40) LINCKELMANN, Arch.bürg.R. 1893, 210.

41) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 36 IV, S. 110; HROMADKA 49, 182; DERS., ZSR 1970 I 126 f.

III. Geschützte Interessen

Der Besitz hat im römischen Recht weder Legitimations- noch Publizitätsfunktion(42). Das Fehlen dieser beiden Besitzwirkungen besagt, dass der gutgläubige zweite Pfandnehmer oder Erwerber der Pfandsache(43) sowie der ungesicherte Drittgläubiger, d.h. der Gläubiger, der dem Pfandschuldner nach der Verpfändung ohne dingliche Sicherheit Kredit gewährt(44), ungeschützt sind. Daraus ergibt sich, dass der Besitz im römischen Recht, nachdem ein besitzloses Pfand anerkannt ist, ausschliesslich dem Schutz des berechtigten Pfandgläubigers gegen andere Gläubiger des Schuldners dient. Der Pfandgläubiger kann deshalb auf den Schutz des Faustpfandes verzichten und sich mit einer Hypothek begnügen(45)

42) KASER I 457, II 313; STARK, Einl. vor Art. 919 N. 19; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 22; HINDERLING 472; HECK 320; ferner GOODE, ICLQ 1974, 259 N. 55.

43) Vgl. hiezu ausführlich HROMADKA 21 ff.

44) HROMADKA 24 f. - Als Drittgläubiger werden im folgenden, wenn nichts anderes vermerkt ist, die ungesicherten Personalgäubiger (=Personalgäubiger i.e.S.) bezeichnet; vgl. OSER, ZSR 1905, 494 i.V.m. 492 bei N. 51; WACKE 31; ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 488, (Art. Personalkredit, von LIECHTI).

45) HROMADKA 20/21.

§ 3 Germanisch-deutsches Recht

I. Germanisches Recht

Ziel der folgenden Darstellung ist es, vornehmlich die Parallelen⁽¹⁾ der Rechtsentwicklung auf dem Gebiet des Fahrnispfandrechts⁽²⁾ zwischen der römischen und germanischen Ordnung aufzuzeigen. Grundlage bildet dabei die sich erst anfangs dieses Jahrhunderts durchsetzende Erkenntnis⁽³⁾, dass auch das germanische Recht ein Pfand ohne Pfandbesitz des Gläubigers an schwer entbehrlichen Sachen in Form der jüngeren Satzung an Fahrnis gekannt hat⁽⁴⁾.

A. Pfandrecht mit leiblicher Gewere des Gläubigers (ältere Satzung)

1. Ausgestaltung des Pfandrechts

Vertraglich bestellte Fahrnispfänder sind seit der fränkischen Zeit urkundlich belegt⁽⁵⁾. Unklar ist jedoch, von welcher Epoche an⁽⁶⁾ bzw. ob der Gläubiger überhaupt⁽⁷⁾ ein vom Eigentum getrenntes beschränktes dingliches Recht an der ihm als Sicherheit dienenden Sache erwirbt.

2. Faktisches Faustpfandprinzip

Das Sicherungsrecht entsteht, unabhängig von seiner Konzeption, durch

1) Vgl. LEHM 47

2) Diese Einschränkung der Darstellung ist möglich, weil das germanische Recht viel ausgeprägter zwischen Liegenschaften und Fahrnis unterscheidet als das römische. Vgl. MITTEIS-LIEBERICH Kap. 24 III, S. 82; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 93; WOLFF/RAISER § 129 II, S. 518; zudem GROSSEN, ZBJV 1958, 353.

3) Vgl. MEYER 1 ff.; DAENIKER 6f.

4) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 39 II, S. 119; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 486; s. auch BURKHARD 24 N. 2.

5) MEYER 3; GIERKE II 956 N. 4; EHRIG 28; HAMEL/FOYER 17.

6) HROMADKA 27, 32; HECK 320.

7) HEUSLER II 18

Uebertragung der leiblichen Gewere an den Gläubiger(8). Analog zum römischen Recht(9) zwingen das irrationale Beweisverfahren und das Fehlen einer durchgebildeten staatlichen Zwangsvollstreckung den germanischen Gläubiger jener Zeit, die Hingabe der Sache in seine leibliche Gewere zu verlangen, um so den tatsächlichen Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung zu entgehen(10).

B. Jüngere Satzung

1. Pfandrecht mit ideeller Gewere des Gläubigers

Auf der nächsten Entwicklungsstufe(11) wird die Pfandsatzung mit der Miete oder Leihe verknüpft(12), d.h. der Schuldner behält die verpfändete Sache, übernimmt aber die Verpflichtung, für die Ueberlassung einen Zins zu zahlen. Die Uebergabe der dem Schuldner schwer entbehrlichen Pfandsache(13) wird m.a.W. durch die dem constitutum possessorium ähnliche Uebertragung der Zinsgewere ersetzt(14).

2. Pfandrecht ohne Gewere des Gläubigers

Dem römisch-rechtlichen Vertragspfand entspricht die jüngere Satzung ohne Gewereübertragung. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden In-

8) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 39 I 1a, S. 118; MEYER 3f.; GIERKE II 956; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 485.

9) Vorn § 2 I 3.

10) REHFELDT (Die Vergeistigung des Rechts, SZGerm 1950, 388, [zit. nach HRMADKA 32 N. 33]) nennt die Bestellung des Fauspfandes eine "vorverlegte Exekution".

11) Die Entwicklung ist nicht einheitlich. Insbesondere im lübischen Rechtskreis ist die Uebertragung der ideellen Gewere nicht die Vorstufe zur gewerelosen Pfandsatzung (MEYER 57). Die in der vorliegenden Arbeit dargestellte Entwicklungslinie stützt sich vornehmlich auf das Recht von Frankfurt am Main; vgl. hiezu LEHM 38 ff.

12) MEYER 57.

13) Vgl. die Aufzählung bei MEYER 39, 64 ff.

14) LEHM 46; MEYER 60.

stituten besteht darin, dass die Mobiliarhypothek durch formlosen Vertrag zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner entsteht(15), während die jüngere Satzung eines öffentlichen Formalaktes bedarf(16). Da die Formvorschriften Ersatzinstitut für das weggefallene Besitzerfordernis bilden, ist im folgenden vorerst die Funktion des Besitzes zu untersuchen.

C. Geschützte Interessen

1. Funktion des Besitzes

Basierend auf dem Grundsatz "Hand wahre Hand" scheint das germanische Recht den Gutglaubensschutz zu verwirklichen. Da dieser auf dem Publizitätsprinzip beruht(17), läge eine gegenüber dem römischen Recht gänzlich neue Funktion des Besitzes vor(18). Der Unterschied zwischen beiden Rechten ist indessen auf das deutsch-rechtliche System des Fahrnissschutzes(19) zurückzuführen und nicht auf die bewusste Verwirklichung des Publizitätsprinzips(20). Die Besitzesschutzklage, die Klage aus Gewerebruch, scheitert bei freiwilliger Besitzesaufgabe. Belässt der Gewereinhaber die Sache freiwillig in der Hand des Pfandschuldners und gibt dieser sie weiter, so kann sich der

15) HIRSCH 11: HECK 320; dazu vorn § 2 II 2.

16) MEYER 70; WAHL/BLOMEYER 584. - Nach LEHM (108) fehlt der deutschen Fahrnisatzung zudem die dingliche Wirkung. Diese Ansicht entspricht jedoch nicht der herrschenden Lehre; vgl. HROMADKA 29 N. 19. Das System der beschränkten Fahrnisverfolgung (hiezunachstehend I C 1) führt nur zu einer Beschränkung der dinglichen Wirkung der Hypothek (HIRSCH 51 f.).

17) Der Besitz als Publizitätsmittel wirkt legitimierend; s. MEYER-HAYOZ, Syst. Teil N. 31; LIVER, Eigentum 311; HINDERLING 472.

18) Mit der Verwirklichung des Rechtsscheinerwerbes würde das Pfandrecht überdies zu einer echten Realsicherheit, da der Pfandgläubiger für die Frage, ob die Pfandsache bereits belastet sei, nun nicht mehr allein auf die Auskunft und damit auf die Rechtschaffenheit des Schuldners vertrauen müsste; vgl. vorn § 2 II 3.

19) Dieses System begünstigt das Faustpfand, denn die Mobiliarhypothek ist Dritten gegenüber nicht wirksam (HROMADKA 31 N. 31; SCHOENDORF, ZHR 68 [1910] 488).

20) HROMADKA 36; s. auch WEBER, Publizitätsprinzip 88; vgl. aber GIERKE II 561; hinten § 4 II B 1 c.

Pfandgläubiger mangels Gewerebruch nicht an den Dritten halten(21). Die Rechtsstellung des Dritten beruht also nicht auf seinem guten Glauben, sondern auf dem Mangel einer Klage(22). Das germanische Recht benützt den Besitz demnach ebenfalls nicht zur bewussten Gestaltung der Interessenlage zugunsten des Erwerbers oder eines zweiten Pfandnehmers; vielmehr dient die Uebertragung der Gewere auch hier dem Schutz des Pfandgläubigers(23).

2. Funktion der Formvorschriften

a) Beweissicherung

Ausgangspunkt für die Entstehung eines besitzlosen Pfandrechts ist in den beiden bisher untersuchten Rechtsordnungen die Entstehung eines durchschaubaren Beweisverfahrens und einer staatlichen Zwangsvollstreckung(24). Diese Beziehung zwischen formellem und materiellem Recht äussert sich selbst noch im ursprünglichen Zweck der Formvorschriften. Die Zuziehung von Solemnitätszeugen(25), welche später durch die Eintragung in ein Buch ersetzt wird(26), dient anfangs - im Hinblick auf das Beweissystem des mittelalterlichen Prozesses(27) - nur dem Beweis der Verpfändung(28).

b) Begründung des Pfandrechts

Gegen Ende des 15. Jahrhunderts verliert die Eintragung den Charakter

21) MEYER 80 f., 104 f.

22) MITTEIS-LIEBERICH Kap. 38 I 3, S. 116; HUEBNER 18 f., 60 f.; STARK, Vorbem. Art. 930-937 N. 7, 9; ZWEIGERT, RabelsZ 1958, 11 ("Primitivität der Klagetypen").

23) Vgl. HROMADKA 31, 34, 39, 185 f. (mit Beispielen aus verschiedenen Stadt- und Landrechten).

24) Vgl. § 2 I 3; oben I A 2.

25) MEYER 70 f.

26) MEYER 72 ff.

27) LEHM 135 f.; HROMADKA 33.

28) MEYER 73.

eines Beweismittels für den gerichtlichen Akt und wird zum Geltungsgrund der Pfandrechtsbestellung. Der Vollzug der Eintragung selbst wird somit als gerichtlicher Vorgang betrachtet, der die Pfandsatzung begründet(29).

c) Ersatzinstitut des Besitzes

Es stellt sich die Frage, ob dieser Verpfändungsform Publizitätsfunktion zukommt. Ist die Verpfändung vor Rat und Buch wirklich eine Rechtsfigur mit dem Zweck, Dritten die Belastung erkennbar zu machen(30)?

Ausgehend von einer für diese Zeit typischen Eidformel(31), wonach der Verpfänder schwören muss, die Pfandsache sei noch nicht verpfändet, hat HROMADKA(32) überzeugend nachgewiesen, dass die Ratsbücher keine Publizitätsmittel im vorher dargelegten Sinn darstellen. Das damalige Buchführungssystem - die Eintragungen erfolgen lediglich nach der zeitlichen Reihenfolge und nicht nach sachlichen Kriterien - ist für künftige Erwerber oder Pfandgläubiger kein taugliches Mittel, um ein an der Pfandsache bereits bestehendes Pfandrecht festzustellen. Die Eintragung hat vielmehr den Charakter eines Feststellungsurteils oder eines Beweises für den Herausgabeprozess(33). Die Formvorschriften dienen demzufolge allein dem Pfandgläubiger zur schnelleren und sichereren Durchsetzung seines Pfandrechtes, indem ihm das Gerichtsverfahren erspart oder doch zumindest erleichtert wird. Die Bucheintragung ist mithin ein Ersatzinstitut des Besitzers mit dem Zweck, den Pfandgläubiger zu schützen(34).

II. Rechtssituation am Ende des 17. Jahrhunderts

Nach dem bisher Dargelegten kann die Rezeption der römischen Mobiliar-

29) MEYER 73.

30) MEYER (70) bezeichnet die Formvorschrift als "öffentlichen Formalakt, durch den das Pfandrecht Kundbarkeit erlangt". HIRSCH (50) spricht allgemein vom Publizitätsprinzip.

31) Es handelt sich um einen in Frankfurt a.M. gebräuchlichen Eid.

32) HROMADKA 38 f.

33) HROMADKA 38.

34) HROMADKA 186 i.V.m. 39.

hypothek nicht als Bruch in der deutschrechtlichen Entwicklung betrachtet werden(35); sie bedeutet insbesondere keinen Rückfall auf eine frühere Kulturstufe(36). Die Pfandbestellung durch blossen Konsens setzt sich jedoch nicht vorbehaltlos durch, was zu einem Rechtspartikularismus mit verschiedensten Pfandrechtsformen führt(37). Wie HROMADKA(38) dargelegt hat, besteht die einzige Gemeinsamkeit zwischen den einzelnen Partikularrechten darin, dass ihnen die Beschränkung auf das Faustpfand als ausschliessliche Verpfändungsform unbekannt ist(39).

35) WAHL/BLOMEYER 584; LEHM 148; MEYER 136f.; PFISTER, ZBJV 1903, 250.

36) HROMADKA 26, 36; s. auch ENGI 62.

37) Vgl. hiezu ausführlich LEHM 16 ff.; zudem HECK 321; HIRSCH 50; GIERKE II 963 f.; ferner EHRIG 29/30.

38) HROMADKA 31.

39) Zu den zwei (unbedeutenden) Ausnahmen s. LEHM 142 bei N. 25.

§ 4 Der Besitz als Gestaltungsform des Pfandrechts

Mit der Aenderung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im ausgehenden 18. und im 19. Jahrhundert(1) stösst die Mobiliarhypothek auf Ablehnung. Das Aufkommen der Geldwirtschaft und die damit verbundene Förderung des Realkredites(2) führen zur Uebernahme des Faustpfandprinzips, um neue Interessen zu berücksichtigen. Infolge veränderter Realien wandelt sich die Funktion des Besitzes.

I. Gemeines Recht des ausgehenden 18. und des 19. Jahrhunderts

1. Pfandrechtssystem

Im gemeinen Recht sind das Faustpfand und das besitzlose Pfand zwei gleichwertige Verpfändungsformen(3). Das Pfandrecht wird deshalb entweder durch Besitzübertragung (*contractus pignoratitius*) oder durch formloses *pactum* bestellt(4). Der Wille des Gläubigers entscheidet zudem über die Beendigung des Pfandrechts(5).

2. Bedeutung

Die Mobiliarhypothek wird in dem Moment kredit- oder verkehrsfeindlich(6), in dem aufgrund veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse der

-
- 1) Vgl. hiezu ausführlich HROMADKA 41 ff.; DERS., ZSR 1970 I 127 f.
 - 2) Vgl. HROMADKA (49 N. 36) und WEISS (II 3), die auf die Aehnlichkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse in der Spätantike und in Deutschland zur Zeit der Rezeption hinweisen; s. auch vorn § 2 II 3 und 3 I C 1 N. 18.
 - 3) WINDSCHEID I 671 N. 3; DERNBURG, Pandekten I 642 i.V.m. 649 f.; von WAECHTER II 517 f.
 - 4) Von WAECHTER (II 525) bezeichnet es als "*pactum hypothecae*"; vgl. überdies WINDSCHEID I 688; DERNBURG, Pandekten I 651.
 - 5) Die Rückgabe der Sache bedeutet nicht das Erlöschen des Pfandrechts, sondern bedarf der Auslegung, um festzustellen, ob in dieser Handlung ein Erlasswille liege (s. WINDSCHEID I 749). Das Pfandrecht kann also bei entsprechendem Vorbehalt mit voller Wirkung gegen Dritte weiterbestehen (s. WACKE 60 N. 142).
 - 6) DERNBURG, Pandekten 648 f.; von WAECHTER II 545 f.

Besitz nicht mehr nur dem Pfandgläubiger dient, sondern vornehmlich -zur Steigerung des Güterumsatzes- die Interessen des Erwerbers berücksichtigt werden(7). Das römische Pfandrecht, das anfänglich weit verbreitet war, sinkt demgemäss im 19. Jahrhundert zur praktischen Bedeutungslosigkeit ab(8). Die Lücken in den Partikularrechten werden jedoch aus dem gemeinen Recht geschlossen. Da jene Rechtsordnungen das Faustpfandprinzip verwirklichen, gelangen einzelne von ihnen zu Ergebnissen, die den neu eingeführten Grundsatz faktisch aufheben(9).

II. Faustpfandprinzip

Die Epoche des Faustpfandprinzips beginnt mit der preussischen (1722) und der sächsischen Gesetzgebung (1724) (10).

A. Veränderte Interessenwertung

1. System der Dispositionsentziehung(11)

Die Besitzübertragung hat nicht mehr lediglich die Aufgabe, das Pfandrecht zu begründen(12), sondern es soll -nun zum Schutz von Erwerber und zweitem Pfandnehmer(13)- ein bestimmter tatsächlicher Zustand geschaffen

-
- 7) HROMADKA 50.
 - 8) Vgl. dazu die Zahlenangaben bei HIRSCH 53 ff.; HELLWIG, AcP 1881, 369 f.
 - 9) Vgl. HROMADKA, ZSR 1970 I 133 ff.; Bayern z.B. lässt die Begründung des Faustpfandes durch Besitzkonstitut zu (vgl. auch DEMELIUS 161 N. 18). Zudem beurteilt sich die Rückgabe der Sache häufig nach der in N. 5 (oben I 1) genannten Regel.
 - 10) Vgl. ausführlich HROMADKA 51 ff., 113 ff.; überdies STOBBE/LEHMANN, Handbuch des Deutschen Privatrechts, II/2 (3. A., Berlin 1897) 163; SCHOEN-DORF, ZHR 68 (1910) 489; WACKE 77.
 - 11) Der Begriff stammt von DEMELIUS 158.
 - 12) Vorn § 2 II 2 b.
 - 13) Mit der Einführung des Faustpfandprinzips bleibt das Interesse des Pfandgläubigers allerdings nicht unberücksichtigt. Die Gesetzgeber bezwecken vielmehr kumulativ, aber nicht gleichrangig sowohl den Schutz von Erwerber und zweiten Pfandnehmer als auch die Sicherheit des Pfandgläubigers. Vgl. HROMADKA 89, 185: " Es trat lediglich je zu einer bestimmten Zeit eine bestimmte Wirkung in den Vordergrund, ..."; missverständlich aber 51.

werden. Die Interessen von Erwerber und zweitem Pfandnehmer, unbelastetes Eigentum bzw. das Pfandrecht zu erwerben, werden geschützt, indem irreführende Divergenzen zwischen der Rechtslage und der faktischen Besitzlage nach Möglichkeit vermieden werden(14). Um Kollisionen zwischen dem Pfandgläubiger und den genannten Personen zu verhindern, machen die deutschen Gesetzgeber den Pfandrechtserwerb von der Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft seitens des Pfandgläubigers abhängig(15). Mit diesem System der Dispositionsentziehung wird dem Verpfänder jede eigenmächtige Verfügung über die Pfandsache verunmöglicht(16). Stillschweigend wird also vorausgesetzt, dass treuwidrige Verfügungen des besitzenden Pfandnehmers weniger wahrscheinlich sind als solche des kreditbedürftigen Pfandgebers. Jetzt ist nämlich der Pfandgläubiger in der Lage, den Pfandgegenstand zu veräussern und damit gutgläubige Erwerber nicht nur über die Lastenfreiheit, sondern sogar über das Eigentum zu täuschen(17).

2. Bedeutung

Ende des 19. Jahrhunderts ist der Siegeslauf des Faustpfandprinzips nicht mehr zu stoppen. Nachdem die drei grossen Gesetzeswerke der ersten Kodifikationswelle(18) das Faustpfandprinzip verwirklicht haben, wird es auch in den nachfolgenden Gesetzen(19) zur Grundlage der Fahrnispfandrechtsordnung.

14) WACKE 31, 38; unten II B 2 a. WEBER (Publizitätsprinzip 29) weist mit Recht darauf hin, dass das Traditionsprinzip sich wohl um eine möglichst enge Verkettung von Recht und scheinbegründender Tatsache bemühe, die Vermeidung eines falschen Rechtsscheines aber nur solange garantieren könne, als sich die Beteiligten wirklich ihren Rechten und Pflichten gemäss verhielten.

15) HROMADKA 51 ff, insbes. 53, 113; DERS., ZSR 1970 I 131 f.; WEISS II 60.

16) Vgl. DEMELIUS 156 f.

17) HROMADKA 22 N. 82, 52; WACKE, JZ 1975, 542; GRAVENHORST 98; dazu hinten § 10 I A 2 a cc.

18) ALR von 1794 (s. HROMADKA 54 ff.); C.civ. von 1804 (nachstehend II B 2 b aa und hinten § 23 I 1); ABGB (nachstehend II B 1 b, zudem hinten § 32 I A).

19) Vgl. insbes. Art. 210 aOR von 1881 (s. hiezu § 5 II 1); zudem WAHL/BLOMEYER 584/585; FROTZ, Fortbildung 323; HROMADKA, ZSR 1970 I 133 N. 62.

B. Verhältnis zum Publizitätsprinzip

Das Verbot der Mobiliarhypothek lässt sich nur im Zusammenhang mit dem Zweck und der Funktion des Faustpfandprinzips verstehen.

1. Traditionsprinzip

a) Gemeinsamkeit beider Grundsätze

Das Traditionsprinzip ist auf die von der Glosse ausgebildete Lehre vom titulus und modus acquirendi dominium zurückzuführen⁽²⁰⁾, die unter naturrechtlichem Einfluss zu einem sachenrechtlichen Grundsatz verallgemeinert wird. Das Faustpfand- und das Traditionsprinzip berühren sich im Erfordernis der Besitzübertragung. Von der herrschenden Lehre wird das Faustpfandprinzip heute denn auch als Anwendungsfall der Traditionsmaxime⁽²¹⁾ verstanden⁽²²⁾.

b) Unterschiedlicher Anwendungsbereich

Die Traditionsmaxime verlangt allgemein für den Uebergang dinglicher Rechte an beweglichen Sachen die Besitzübertragung; der Besitz als Publizitätsmittel wirkt translativ⁽²³⁾. Beim Faustpfandprinzip ist die Uebergabe der Sache demgegenüber lediglich Voraussetzung für die Bestellung eines bestimmten beschränkten dinglichen Rechts, eben des Pfandrechts.

In Oesterreich wurden die Normen über den Pfandrechtserwerb und das allgemeine Traditionsprinzip einander angeglichen⁽²⁴⁾. Aus der Verknüpfung

20) Vgl. im einzelnen BRANDT 43 ff.; WELLSPACHER 144 ff.; WACKE 21 mit weiteren Nachweisen in N. 63; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, (2. A., Göttingen 1967) 238; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 490; HROMADKA, JuS 1980, 90/91.

21) Vgl. HECK (236), der in Anbetracht der Traditionssurrogate das Prinzip als Traditionsmaxime bezeichnet; s. auch WACKE 93 f.

22) MEYER-HAYOZ, Syst. Teil N. 32; HOMBERGER, Vorbem. zu Art. 919 ff. N. 13; OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 179; LIVER, Eigentum 315; SCHMID 59; WEBER, Publizitätsprinzip 30; vgl. aber HROMADKA, ZSR 1970 I 136 ff.

23) MEYER-HAYOZ, Syst. Teil N. 32; LIVER, Eigentum 311, 315; HINDERLING 466 ff.

24) Zur Entstehungsgeschichte von § 427 und 452 ABGB s. WELLSPACHER 141 ff.; HROMADKA, ZSR 1970 I 136 f.; FROTZ, Gutachten 27.

mit der allgemeinen Traditionsmaxime resultierte § 452 ABGB, der eine Verpfändung mit "Zeichen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann", gestattet(25). Die das Faustpfandprinzip charakterisierende Besitzesaufgabe des Verpfänders wird mithin durchbrochen. FROTZ(26) kommt in seiner Darstellung des gegenwärtigen österreichischen Kreditsicherungsrechts bezeichnenderweise zum Schluss, der Gesetzgeber habe gar nicht das Faustpfandprinzip, sondern den Publizitätsgrundsatz einführen wollen, für den der Gewahrsamsverlust des Pfandgebers kein unbedingtes Erfordernis sei(27).

c) Funktion der Besitzübertragung (Positive und negative Publizität)

Die Untersuchungen HROMADKAS(28) haben ergeben, dass der Besitz erst um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert die Aufgabe erhält, Dritten die Rechtslage offenkundig zu machen. Ohne auf den Streit der Lehrmeinungen über die rechtsgeschichtliche Begründung des Publizitätsprinzips im einzelnen eingehen zu wollen(29), ist demnach wohl mit HUEBNER(30) anzunehmen, dass die Publizitätsfunktion der Gewere oft überschätzt wird, weil den germanischen Formen ein fremdes Ideengerüst übergezogen wird(31).

In Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Offenlegungsprinzip, wonach aus dem Besitz auf ein Recht des Besitzers geschlossen werden kann, wird der Besitz des Pfandgläubigers zur äusseren Erscheinungsform seines Pfand-

25) Vgl. WELLSPACHER 151 f., FROTZ, Gutachten 27; s. auch KLANG, JBl 1926, 303; hinten § 32 I B.

26) FROTZ, Gutachten 26, 30; DERS., Fortbildung 326/327; s. bereits WELLS-PACHER 156/157.

27) Vgl. auch DEMELIUS 160; hinten § 32 I A.

28) HROMADKA 57 ff., 63, 73, 99; DERS., ZSR 1970 I 138.

29) Vgl. hiezu die Nachweise bei HUEBNER 19 N. 19, 60 N. 25 f.; zudem WELLS-PACHER 134 ff.; DERS., GrünhZs 1904, 631 ff.

30) HUEBNER 19/20.

31) Vgl. auch WEBER, Publizitätsprinzip 88: "Einzig der Umstand, dass die Offenkundigkeit der Rechtsverhältnisse überhaupt eine Rolle spielt, kann noch direkt auf deutschrechtliche Anschauungen zurückgeführt werden." Vgl. überdies nachstehend II B 2 vor a.

rechts. Die Gleichbehandlung von Recht und Besitz im Verhältnis der Pfandsache zum Pfandgläubiger nennt HROMADKA(32) die positive Publizität. Gleichsam als Umkehrschluss lässt sich die Funktion der Sachübergabe auch auf das Verhältnis der Pfandsache zum Pfandschuldner übertragen. Wenn der Schuldner nämlich gezwungen ist, die Pfandsache aus der Hand zu geben, kann ein Gläubiger unmöglich auf den Gedanken kommen, die betreffende Sache sei unbelastetes Eigentum des Schuldners, da er sie ja gar nicht sieht. Das Ausscheiden der Pfandsachen aus dem sichtbaren Vermögen des Pfandschuldners bildet somit die Grundlage der von HROMADKA(33) als negative, spezifisch pfandrechtliche Publizität bezeichneten Rechtswirkung(34).

2. Gutglaubensschutz

Vorerst ist auch in diesem Zusammenhang nochmals ausdrücklich auf den Kontinuitätsbruch(35) zwischen dem germanischrechtlichen System der beschränkten Fahrnisverfolgung und dem Gutglaubensschutz hinzuweisen. Im germanischen Recht ist der vom Nichtberechtigten erwerbende Dritte nicht aufgrund eines materiellrechtlichen Wertentscheides geschützt, sondern der Rechtsverlust ist prozessrechtlich bedingt(36).

a) Identität der geschützten Interessen

Der Gutglaubensschutz, der auf die Legitimationswirkung des Besitzes

32) HROMADKA 10 f., 186; DERS., ZSR 1970 I 120, 138 f.

33) HROMADKA, JuS 1980, 90; ferner WACKE 78 N. 178. Es ist aber zu beachten, dass bereits WEBER (Publizitätsprinzip 32/33, insbes. N. 22) und TRACHSEL (35) von einer negativen Publizitätsfunktion des Faustpfandprinzips sprechen; s. auch die Ansätze bei HAFFTER 36.

34) Die Uebernahme der von HROMADKA verwendeten Terminologie in diese Arbeit bedeutet jedoch nicht, dass dem Faustpfandprinzip nur die negative Publizität zuerkannt wird (in diesem Sinn aber WACKE 78 N. 178; DERS., JZ 1975, 542); vgl. hiezu oben II B 1 a N. 22.

35) Vgl. HUEBNER 23, 60; vorn § 3 I C 1.

36) Vgl. von LUEBTOW, Hand wahre Hand, in: Festschrift der juristischen Fakultät Berlin zum 41. DJT (Berlin 1955) 185: "Es kann keine Rede davon sein, dass diese Relativität der Sachverfolgung im Verkehrsinteresse geschaffen wurde;..." STARK, Vorbem. Art. 930-937 N. 11 und die Nachweise vorn § 3 I C 1 in N. 22.

zurückzuführen ist(37), bringt eine der Funktion des Faustpfandprinzips entsprechende Lösung der Interessenabwägung zwischen Berechtigtem und Erwerber. Denn der Zweck der Regelung ist wiederum die Förderung des Güterumsatzes, indem der Erwerber der Pfandsache oder ein eventueller zweiter Pfandgläubiger geschützt werden(38). Das Prinzip des gutgläubigen Erwerbes dinglicher Rechte trägt mithin in der Anwendung auf die genannten Kollisionsfälle den gleichen Interessen Rechnung wie das Faustpfandrecht(39). Der Gutglaubensschutz schränkt den exklusiven Funktionsbereich(40) des Faustpfandprinzips ein, ist doch die Besitzentziehung seitens des Pfandschuldners nur noch für den Pfandgläubiger alleiniges Schutzmittel. Die im Vordergrund stehenden Interessen von Erwerber und zweitem Pfandnehmer dagegen werden sowohl vom kollisionsentscheidenden Gutglaubensschutz als auch vom kollisionshindernden Faustpfandprinzip gewahrt. Es stehen also zwei Wege offen, um den schuldlos nichtwissenden Erwerber eines dinglichen Rechts vor Schaden zu bewahren. Entweder verhindert man die Möglichkeit eines unverschuldeten Nichtwissens mit Hilfe des Traditionsprinzips oder man schützt den Erwerber, indem nicht die wirklichen, sondern die vermuteten Verhältnisse beachtet werden (bona-fide-Erwerb)(41). Der Gutglaubensschutz kommt folglich nur dann zur Anwendung, wenn die mit dem Faustpfandprinzip bezweckte Prävention versagt(42). DEMELIUS(43)

37) Vgl. ausführlich WELLSPACHER 2 ff.; DERS., GrünhZs 1904, 642 f.; zudem MEYER-HAYOZ, Syst. Teil N. 31; WEBER, Publizitätsprinzip 41 N. 2.

38) HROMADKA 37 oben; DERS., ZSR 1970 I 140. - Die folgenden Ausführungen beziehen sich allerdings nicht auf die Rechte mit kasuistischem Anwendungsbereich des Gutglaubensschutzes; s. dazu HROMADKA, ZSR 1970 I 142 f.

39) Vgl. WACKE 78.

40) Das Faustpfandprinzip hat die Funktion, ein Auseinanderfallen von Rechtslage und faktischer Besitzlage zu verhindern. Der Uebergabebzwang fördert also die Legitimationskraft des Besitzes und dient damit dem Schutz des Erwerbers eines dinglichen Rechts; s. WACKE 38; oben II A 1.

41) WEBER, Publizitätsprinzip 90.

42) WEBER, Publizitätsprinzip 90: "Gelänge es, durch das Traditionsprinzip ein Auseinanderfallen von Recht und Schein ein für allemal zu verhindern, so wäre ein unverschuldeter Irrtum des Erwerbers über die Verfügungsbe fugnis seines auctors ausgeschlossen und ein Schutz des guten Glaubens eo ipso hinfällig."

43) DEMELIUS 156 i.V.m. 158 f.

bezeichnet den Grundsatz denn auch als "Präventivveranstaltung, um Fälle möglichst hintanzuhalten, wo die doch immerhin etwas brutale Lösung, welche Schutz des redlichen Erwerbes heisst, zur Anwendung kommt". Wie haben nun die Rechtsträger auf diese erst allmählich erkannte Funktionsüberschneidung zwischen Faustpfandprinzip und Gutglaubensschutz reagiert?

b) Folgen der Funktionsüberschneidung

Mit HROMADKA(44) ist davon auszugehen, dass die nach Einführung des Gutglaubensschutzes entstandene Situation entweder die Zulassung der Mobiliarhypothek oder eine neue Begründung des Faustpfandrechts bedingt.

aa) Neue Funktion des Faustpfandrechts

Typisch für die veränderte Rechtfertigung des Entzuges der Verfügungsmöglichkeit ist die Rechtsentwicklung in Frankreich(45).

Bei Erlass des Cciv. wird die Besitzentziehung gemäss Art. 2076 Cciv. nicht als Publizitätstatbestand verstanden. Die Uebergabe der Sache an den Gläubiger ist vielmehr schon deshalb notwendig, weil die Verpfändung einen Realvertrag darstellt(46). Die Aufrechterhaltung der Besitzentziehung ist eine Gläubigerschutzmassnahme, da dem Schuldner alle Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache genommen sind(47). Die den Schöpfern des Cciv. fremde Präzisierung der Besitzentäusserung zu einem Publizitätsmerkmal im Interesse der Drittgläubiger wird vom Urteil der "cour de cassation" vom 29. Dezember 1875 geprägt(48). Es nennt die Besitzentziehung ein "fait apparent,

44) HROMADKA, ZSR 1970 I 141; DERS., JuS 1980, 91; vgl. auch WACKE 38/39, 77/78, 90/91; DERS., JZ 1975, 542: "Hätte sich der gutgläubige Erwerb zweihundert Jahre früher gegenüber dem römischen Vindikationsprozess durchzusetzen vermocht, so hätte sich das behelfsmässige Ersatzinstitut des Faustpfandprinzips erübrigt."

45) Die dem Faustpfandprinzip bisweilen neu zugeordnete Funktion, Konkurs-schiebungen zu verhindern, lasse ich ausser Betracht, da sie die schweizerische Rechtsentwicklung nicht beeinflusst hat. Für das deutsche Recht vgl. aber HROMADKA, ZSR 1970 I 145 f.; DERS., JuS 1980, 92.

46) FARGEAUD NR. 5, 8; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 78; MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 66, 70; FERID II 1038 (3 D 16); EHRIG 38 ff., insbes. 41; Kay 59; HOFSTETTER 65/66 f.; WAHL/BLOMEYER 598.

47) KAY 59.

48) Die Urteilsformel ist zitiert bei HROMADKA, ZSR 1970 I 144/145; KAY 60; EHRIG 41; FARGEAUD Nr. 8; COING, ZFRV 1967, 75.

d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers que le débiteur est des-saisi et que l'objet ne fait plus partie de son actif libre". Die Publizitätsfunktion besteht im Schutz der -von Erwerber und zweitem Pfandnehmer zu unterscheidenden- Gläubiger, die dem Schuldner nach der Verpfändung der Sache an einen Gläubiger ohne dingliche Sicherheit Kredit gewähren(49). Das Faustpfandprinzip wird demnach neu gerechtfertigt, indem die negative Publizität den Interessen einer vom Gutglaubensschutz nicht erfassten Personen-gruppe dienstbar gemacht wird.

bb) Zulässigkeit der Mobiliarhypothek

Die andere mögliche Reaktion auf die Einführung des Gutglaubensschutzes ist die Zulassung der Mobiliarhypothek(50). Diesen Weg beschreitet JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI mit dem PGB(51). Die Errichtung der Pfandverschreibung erfordert die Bewilligung des Bezirksgerichtspräsidenten und die Eintragung in das öffentliche Pfandbuch des Gemeindeammanns(52).

Damit ergibt sich die Notwendigkeit, nun die schweizerische Rechts-entwicklung zu untersuchen.

49) HROMADKA, ZSR 1970 I 144; s. auch FARGEAUD Nr. 8; EHRIG 42 f.

50) HROMADKA, ZSR 1970 I 141.

51) Vgl. § 874-886 PGB (Bd. II 296/297); in § 889 PGB (Bd. II 309) wird zudem das generelle Pfandrecht geregelt. (Die einzelnen Teile des Gesetzes sind 1854 bis 1856 in Kraft getreten).

52) § 874 PGB (Bd. II 296/297); vgl. auch den Hinweis von KOHLER (Arch.bürg. R. 1893, 235) auf die zürcherische Lösung.

§ 5 Fahrnisverschreibung des schweizerischen Rechts

In verschiedenen Gebieten der Schweiz war die Mobiliarhypothek in Form der Fahrnisverschreibung weit verbreitet(1).

I. Rechtssituation vor Erlass des aOR von 1881

1. Kantonalrechtlich

Die formlose Mobiliarhypothek des gemeinen Rechts(2) fand nur in jenen wenigen Kantonen Aufnahme, die das römische Recht rezipiert hatten(3). Die nationale Eigentümlichkeit des schweizerischen Rechts(4) liegt in der bereits im Mittelalter auftauchenden Fahrnisverschreibung, die im Laufe der Jahrhunderte in den einzelnen Kantonen sehr verschiedenartig geregelt wurde(5). Die älteste Quelle des Rechtsinstituts ist ein Landsgemeindeerkenntnis des Kantons Schwyz aus dem Jahre 1397(6). In Zürich(7), Luzern(8) und Obwalden(9) konnten alle beweglichen Sachen bis ins 19. Jahrhundert verschrieben werden.

-
- 1) Vgl. MEYER 117, 134; LAAGER 23 f.; DAENIKER 7; ENGI 62; RAHN, ZSR 1853, 5 ff.; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 546; FREUND 40; WEISWEILER 35. Für eine umfassende Darstellung des historischen Werdeganges in den einzelnen Kantonen s. GERSTER 13-120; ferner DOSKOTZ 31 ff.
 - 2) Vorn § 4 I 1.
 - 3) HUBER IV 817 N. 2; es handelt sich v.a. um die Kantone Wallis und Basel. Vgl. auch DAENIKER 7 bei N. 3.
 - 4) RAHN, ZSR 1853, 4; SALINGER, Verh. des 31. DJT, I 469; PAULICK 41: "Die Schweiz ist der klassische Boden für die Entwicklung des Registerpfandrechts seit dem Mittelalter bis in die Neuzeit."
 - 5) HUBER IV 817 f.
 - 6) GERSTER 86; HUBER IV 819 bei N. 9.
 - 7) GERSTER 17 ff.; HUBER IV 818; RAHN, ZSR 1853, 5 ff.
 - 8) Die Pfandverschreibung ist in Luzern unter dem Namen "Einsatzung" bekannt; vgl. GERSTER 61; HUBER IV 817 f. N. 3, 819 bei N. 6; RAHN, ZSR 1853, 9 f.
 - 9) HUBER IV 819 bei N. 8; GERSTER 71 f.

Ausserhalb dieses Hauptanwendungsgebietes bestanden Beschränkungen in verschiedenen Richtungen, so z.B. in bezug auf den Gegenstand in Uri(10), Schwyz(11), Schaffhausen(12) und Thurgau(13). Ein Verbot der Fahrnisverschreibung kannten bereits im 16. Jahrhundert nur St.Gallen(1523)(14), Appenzell I.Rh.(1557)(15) und Glarus(1569)(16), während das Verbot des Kantons Nidwalden aus dem Jahr 1623 datiert(17).

Die Form der Mobiliarhypothek bestand im allgemeinen(18) in einer schriftlichen Urkunde über das Schuldverhältnis und den Pfandgegenstand, die in ein öffentliches Buch unter Mitwirkung eines Beamten eingetragen wurde(19). Die Verschreibung erfolgte mit Angabe der auf dem Pfandgegenstand bereits bestehenden dinglichen Rechte und mit einem Ausweis darüber, dass der Verpfänder nicht betrieben sei(20). Die Tatsache, dass die Urkunde, die namentlich über die Pfandfreiheit des Pfandgegenstandes Aufschluss geben soll, in einzelnen Kantonen vom Pfandschuldner selbst ausgestellt wurde(21), deutet darauf hin, dass auch den vom schweizerischen Recht ausgebildeten Formvorschriften der jüngeren Satzung anfänglich noch keine Publizitätsfunktion zum Schutze Dritter zukam(22). Erst im 19. Jahrhundert wird das öffentliche

10) HUBER (IV 817 N. 3) und RAHN (ZSR 1853, 10) zählen auch Uri zum Hauptanwendungsgebiet der Fahrnisverschreibung. GERSTER (84) weist demgegenüber die Beschränkung auf Vieh nach.

11) GERSTER 87 ff.

12) GERSTER 94 ff.

13) HUBER IV 819 bei N. 11; LAAGER 11; GERSTER 102 ff.

14) GERSTER 115 ff.

15) GERSTER 117.

16) GERSTER 118.

17) HUBER IV 819 bei N. 10; GERSTER 118 ff.

18) In Baselstadt und -land wurde das Pfandrecht mittels notarieller Urkunde errichtet (GERSTER 105).

19) Zur sehr unterschiedlichen Organisation s. LAAGER 15 ff.; RAHN, ZSR 1853, 20.

20) HUBER IV 820.

21) RAHN, ZSR 1853, 20.

22) Vorn § 3 I C 2 c, insbes. die Parallele zur dort genannten Eidformel; s. auch HROMADKA 29 bei N. 19 f. i.V.m. 37 ff.

Pfandbuch, sofern die Mobiliarhypothek überhaupt noch zulässig ist(23), unter dem Einfluss der herrschenden Lehre des französischen Rechts(24) und des deutschen Rechts(25) zum Ersatzinstitut des neu verstandenen Besitzes(26). Mit der Einführung des Gutglaubensschutzes(27) entstand zudem die einheitliche Regel, dass die Sache im Fall der Kollision zwischen Faustpfandrecht und Mobiliarhypothek dem Faustpfandgläubiger zu besserem Recht gehörte als dem Gläubiger, dem sie verschrieben war(28).

2. Bundesrechtlich

Der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts von MUNZINGER aus dem Jahr 1864 enthält in den nur spärlich vorhandenen fahnispfandrechtlichen Normen eine auffallende Begünstigung des Faustpfandgläubigers. Nur diesem steht der gutgläubige Erwerb offen (Art. 236)(29) und wird ein Aussonderungsrecht im Konkurs zuerkannt (Art. 486 f.)(30); überdies kann der Faustpfandvertrag formlos bestellt werden (Art. 238)(31). Infolge des Gutglaubensschutzes (Art. 234, 236) vor die Wahl gestellt, entweder das Faustpfandprinzip neu zu begründen oder die Mobiliarhypothek zuzulassen(32), entscheidet sich MUNZINGER für die faustpfandrechtliche Funktion des Drittgläubigerschutzes(33).

23) ENGI 62; GERSTER 71, 73.

24) Vorn § 4 II B 2 b aa.

25) Vorn § 4 II B 1 c.

26) So z.B. BLUNTSCHLI (PGB II 297), der die Öffentlichkeit als leitenden Grundsatz des Pfandrechts bezeichnet.

27) Vorn § 4 II B 2.

28) HUBER IV 821 bei N. 17; LAAGER 13; SCHOENDORF; ZHR 68 (1910) 547/548.

29) MUNZINGER 229 f.

30) MUNZINGER 462 ff.; vgl. hiezu die Kritik von HEUSLER, Verh. des schweizerischen Juristenvereins vom 22. Sept. 1865, ZSR 1867, 62.

31) MUNZINGER 233 ff.

32) Vorn § 4 II B 2 b.

33) MUNZINGER 464; HROMADKA, ZSR 1970 I 151; vgl. demgegenüber das die Pfandverschreibung befürwortende Votum von ESCHER, Verh. des schweiz. Juristenvereins vom 22. Sept. 1865, ZSR 1867, 100.

II. Verdrängung der Fahrnisverschreibung

1. Grundsatz (Art. 210 I aOR)

Das OR von 1881, welches das Fahrnispfandrecht einheitlich regelt, steht ebenfalls auf dem Boden des Faustpfandprinzips (Art. 210 I aOR). Aus den Materialien lässt sich indessen nicht eindeutig entnehmen, worin der Zweck des Prinzips liegt. So bezeichnet z.B. die ständerätliche Kommission die Abschaffung der kantonalen Fahrnisverschreibung als "ein Postulat des öffentlichen Kredites" und weist auf die gleichlautende Regelung in den welschen Kantonen und den ausländischen Gesetzgebungen hin(34).

2. Ausnahme (Art. 210 III aOR)

a) Verbreitung der Viehverschreibung

Bei der Beratung im Nationalrat wird die Fahrnisverschreibung dann aber doch noch in sehr reduzierter Gestalt anerkannt, indem es den Kantonen nach Art. 210 III aOR vorbehalten bleibt, die Verpfändung von Vieh durch blosser Eintragung in öffentliche Bücher zu gestatten(35). Von diesem Recht machen nur sechs Kantone Gebrauch(36). Wie die Viehverschreibung in diesen Kantonen im einzelnen geregelt wurde, ist nicht näher darzulegen(37). Hier interessieren vielmehr die Gründe, weshalb die Viehverschreibung keinen grösseren Anwendungsbereich gefunden hat(38).

34) BB1 1880 III 165; vgl. auch SCHNEIDER/FICK I, Art. 210 N. 2.

35) SCHNEIDER/FICK I, Art. 210 N. 11; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 549 f.

36) Es handelt sich um die Kantone Zürich, Schaffhausen, Zug, Schwyz, Basel-land und Thurgau (bei Verpfändung zugunsten sogen. Viehleihkassen); vgl. HUBER III 448 ff.; LAAGER 9.

37) Vgl. hiezu ausführlich DAENIKER 11 ff.

38) Die nach Art. 211 aOR dem kantonalen Recht ermöglichte hypothekarische Verpfändung von Vieh als Grundstückszugehör (s. hiezu HUBER III 39 ff., 448) wird mit der Umschreibung des Zugehörbegriffes in Art. 644 f. ZGB ausgeschlossen (OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 6, 80; LEEMANN, Art. 885 N. 78; DAENIKER 48; PFISTER, ZBJV 1903, 329). Der Wegfall dieser Verpfändungsmöglichkeit ist jedoch für die Motive des Gesetzgebers, die Viehverschreibung ins Bundesrecht aufzunehmen, nicht entscheidend (s. hinten § 6 I 1 a; a.M. KADERLI 183), so dass auf ihre Behandlung verzichtet werden kann (s. auch hinten § 6 I 3 a).

b) Eigentumsvorbehalt als Ersatzgeschäft

Mit dem Aufkommen des Mobiliarverkehrs macht sich das Bedürfnis weiter Berufskreise geltend, die beweglichen Güter ähnlich den unbeweglichen zur Vermittlung von Kredit heranzuziehen(39). Das Faustpfandprinzip (Art. 210 I aOR) führt demgegenüber dazu, dass bedeutende Vermögenswerte nicht verpfändet werden können, weil der Schuldner den Besitz an diesen Mobilien nicht aufgeben kann. Die Praxis entwickelt deshalb den formlosen Eigentumsvorbehalt(40) und die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut(41), um so das Verbot der Mobiliarhypothek zu umgehen(42). Sehr oft wird aber auch die Viehverschreibung durch den Kauf mit Eigentumsvorbehalt ersetzt; dieser ist demnach nicht nur Umgehungs-, sondern auch Ersatzgeschäft(43). Auf das Verhältnis zwischen Eigentumsvorbehalt und Mobiliarhypothek wird in anderem Zusammenhang noch eingehend zurückzukommen sein(44).

III. Wiederbelebung der Fahrnisverschreibung

Die Entwürfe zum ZGB leiten eine neue Phase in der Entwicklung der Mobiliarhypothek ein. EUGEN HUBER versucht, aus wirtschaftlichen Gründen(45) und im Bestreben, ein der schweizerischen Rechtstradition entsprechendes Institut zu erhalten(46), die Fahrnisverschreibung wieder ins moderne Recht einzuführen.

39) LAAGER 9; EGGER 14; PFISTER, ZBJV 1903, 251; s. auch SIMITIS, AcP 1971, 95.

40) Vgl. BGE 29 II 712; 32 II 167/168; 40 II 112; dazu HAFFTER 131 ff.; Erl II 334; PFISTER, ZBJV 1903, 251 f.

41) Vgl. HAFFTER 141 ff.; ENGI 63; OFFINGER 1 ff.; OFFINGER/BAER, Art. 884 N. 276; REICHWEIN, SJZ 1950, 321 bei N. 4; PFISTER, ZBJV 1903, 256; s. auch hinten § 9 I.

42) GUHL, Recht und Wirtschaft 1912 1, 361; BURKHARD 24 f.

43) DAENIKER 12, 32 f.; OFFINGER 2 f. (Gerät der Bauer mit den letzten Raten für das unter Eigentumsvorbehalt erworbene Vieh in Verzug, so erhält er häufig bei dessen Rücknahme nicht nur keinen Ersatz für seine Aufwendungen, sondern muss überdies die geleisteten Abzahlungen als "Entschädigung" dem Viehhändler belassen).

44) Unten III 3; zudem § 9 II A.

45) Oben II 2 b bei N. 39; zudem hinten § 33 III.

46) DAENIKER 36; LAAGER 9, 23/24; oben I 1.

1. Vorentwurf vom 15. November 1900

Auch der VE geht vom Faustpfandprinzip aus. Eine andere Verpfändungsform ist nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen zulässig (Art. 865 I VE). Ein solcher Ausnahmefall ist die Fahrnisverschreibung (Art. 884 ff. VE) (47).

Die Aufnahme des Rechtsinstituts wird damit begründet, dass der vollständige Ausschluss der Mobiliarhypothek eine willkürliche Beschränkung der ökonomischen Verwertbarkeit gewisser Vermögensteile bedeute. Mit einigen Rechtskauteleten lasse sich die Gefahr, die in der Fahrnisverschreibung für den Mobiliarverkehr liege, ganz bedeutend reduzieren (48). Als schützende Massregeln stellt der VE auf: die Beschränkung der Mobiliarhypothek auf einzelne Kategorien von Vermögenswerten, die Öffentlichkeit der Verschreibung, die beschränkte Dauer der Pfandrechtswirkung und das Vorgehen eines Faustpfandes vor der Verschreibung ohne Rücksicht auf das Datum der Errichtung (49). Im Gegensatz zum BGB (50) kann den Materialien des ZGB ein klares Kreditsicherungskonzept des Redaktors entnommen werden: Da der Gutgläubensschutz (Art. 976 ff. VE) den Erwerber und Pfandnehmer schützt, ordnet HUBER dem Faustpfandprinzip die Funktion des Drittgläubigerschutzes zu (51).

a) Objekte der Verschreibung (52)

Nach Art. 884 VE können Vieh, bewegliche Betriebseinrichtungen, Vorräte und Warenlager durch Fahrnisverschreibung verpfändet werden, wenn diese Sachen ihrem Eigentümer zur Ausübung seines Berufes oder Gewerbes dienen. Diese Zweck-

47) Vgl. DAENIKER 40; ENGI 65 f.

48) Erl II 332 f.

49) Erl II 333.

50) Vgl. dazu ausführlich HROMADKA 167 ff.; zudem FROTZ, Gutachten 111; hinten § 29 II 1.

51) Erl II 332; dazu HROMADKA, ZSR 1970 I 152 f.

52) Die folgende Darstellung der gesetzlichen Regelung beschränkt sich auf diejenigen wesentlichen Fragen, die für die Problematik der Konzeption eines Registerpfandrechts typisch sind (vgl. FROTZ, Gutachten 310; s. zum Folgenden auch hinten § 7).

bestimmung besagt, dass nur die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit der Gegenstände eine Durchbrechung der Alternative, entweder keine Verpfändung oder Hingabe zu Faustpfand, rechtfertigt(53). Stark umstritten ist insbesondere die Einbeziehung der Vorräte und Warenlager in den Kreis der verschreibungs-fähigen Vermögenswerte(54).

b) Publizitätsvorschriften

Der formlos gültige Pfandbestellungsvertrag gibt dem Gläubiger einen obligatorischen Anspruch auf Errichtung des Pfandrechts(55). Gemäss Art. 886 I VE erfolgt die dingliche Perfektion(56) durch Eintragung in das öffentliche Pfandprotokoll des Kreises, in dem die Sache ihren ordentlichen Standort hat(57). Die Eintragung gibt Auskunft über die Pfandsache(58), deren Eigentümer, den Gläubiger und den Schuldner der pfandversicherten Forderung sowie über die Höhe des Forderungsbetrages (Art. 887 I VE).

c) Formelle Untergangsgründe

Die Verschreibung hat vom Eintragsdatum an für zwei Jahre Pfandrechts-wirkung, wobei eine Erneuerung vor Ablauf der Frist auf je zwei weitere Jahre

53) DAENIKER 47; ENGI 66; LAAGER 10; Erl II 333; PFISTER, ZBJV 1903, 322 f., 329.

54) Vgl. OSER, ZSR 1905, 491 N. 49. Auch HUBER(Erl II 334) stellt fest, dass die weitere Ausdehnung der Fahrnisverschreibung auf diese Sachgesamtheiten nicht ohne Bedenken sei; s. auch nachstehend III 4 a.

55) DAENIKER 51 ff.; ENGI 67; LAAGER 13 f.

56) Der Eintrag hat also konstitutive Bedeutung; das Pfandprotokoll besitzt mithin die negative Rechtskraft. Die Publizität des Pfandprotokolls geht in übrigen weniger weit als die Offenkundigkeit des Grundbuches (Erl II 336), denn dem Verschreibungsprotokoll fehlen der öffentliche Glaube und die positive Publizitätswirkung (Erl II 338; EGGER 70, dazu eingehend § 7 IV).

57) Dieses Kriterium wird in den meisten Fällen mit dem Wohnort des Eigentümers identisch sein (Erl II 337).

58) Die Pfandsache ist den Umständen gemäss so genau zu bezeichnen, dass eine Verwechslung ausgeschlossen erscheint (Art. 887 II VE). Die Verpfändung von Sachgesamtheiten erfordert zudem die Aufnahme eines Inventars und die genaue Angabe des Aufbewahrungsortes (Art. 887 III VE). Vgl. hiezu auch hinten § 35 I C 1 und 36 I.

zulässig ist (Art. 888 I, II VE) (59). Wenn die verschriebene Sache ihren ordentlichen Standort wechselt, verliert der Eintrag zudem nach Ablauf von drei Monaten seine Wirkung, sofern er nicht in das Pfandprotokoll des neuen Kreises übertragen wird (60).

2. Bundesrätlicher Entwurf vom 28. Mai 1904

Bereits die Beratungen der Expertenkommission (61) zeigten, dass die Frage der Fahrnisverschreibung eine der umstrittensten des ganzen Gesetzbuches werden sollte (62). Der Antrag auf Streichung des ganzen Abschnittes unterlag nur knapp (63). Die Gegner des Instituts wiesen vor allem auf die mit der neuen Verschuldensmöglichkeit verbundenen Gefahren hin (64), wogegen die Vertreter bürgerlicher Interessen die Fahrnisverschreibung entschieden befürworteten (65). Die Argumente der Gegner verdienen besondere Beachtung, denn mit ihnen erhält das Faustpfandprinzip neben dem Drittgläubigerschutz (66) die zusätzliche Funktion des Schuldnerschutzes (67).

Der Entwurf des Bundesrates bringt gegenüber dem VE lediglich zwei Änderungen. Einmal sieht er nur für gewöhnliche Betriebseinrichtungen eine Verschreibung zugunsten eines beliebigen Gläubigers vor und gestattet bei

59) Vgl. ENGI 68 f.; DAENIKER 55 f.; LAAGER 17 ff.

60) Vgl. Erl II 338; hinten § 36 II.

61) Da die Vorschläge der Expertenkommission nur teilweise berücksichtigt wurden, erübrigt es sich, den Gang der artikelweisen Beratung im einzelnen zu verfolgen (vgl. dazu ProtExpKom III 138 ff.).

62) OPTINGER/BAER, Syst. Teil N. 68 a.E.

63) Antragssteller war Ständerat HOFFMANN (ProtExpKom III 130, 139). Sein Antrag wurde mit 15 gegen 13 Stimmen abgelehnt (ProtExpKom III 144); vgl. auch LAAGER 7.

64) Vgl. die Voten von Ständerat HOFFMANN und Notar GAMPERT (ProtExpKom III 131); Bundesrichter REICHEL und der Nationalräte FEHR und SCHERRER (ProtExpKom III 132).

65) Nationalrat BUEHLMANN und Bauernsekretär LAUR (ProtExpKom III 131); Nationalrat von PLANTA (ProtExpKom III 132); vgl. auch LAAGER 20 f.

66) ProtExpKom III 130 f., 133.

67) HROMADKA, ZSR 1970 I 153 f.; dazu hinten § 10 III.

Vieh, Vorräten und Warenlagern die Verschreibung nur zugunsten von Geldinstituten und Genossenschaften, die hiefür eine behördliche Bewilligung erhalten haben (Art. 890 II E) (68). Die zweite Aenderung betrifft Art. 892 I E, wonach die Verschreibung nicht nur durch Eintragung in das öffentliche Pfandprotokoll des Kreises, in dem die Sache ihren ordentlichen Standort hat, sondern auch in dasjenige des Kreises, in dem der Pfandbesteller wohnt, erfolgt (69).

In dieser Form ist der Entwurf Gegenstand der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 28. Mai 1904. Um den Verlauf der parlamentarischen Beratungen überhaupt zu verstehen, ist vorerst die Stellung des Eigentumsvorbehaltes zu untersuchen.

3. Eigentumsvorbehalt

Der Eigentumsvorbehalt im Fahrnisrecht verdankt seine Bedeutung dem Verbot der Mobiliarhypothek (70). Unter der Herrschaft des aOR ist der Eigentumsvorbehalt gesetzlich nicht geregelt, sondern nur von der Gerichtspraxis anerkannt (71). Der VE erwähnt den Eigentumsvorbehalt an keiner Stelle, aber ein Ausschluss des Rechtsinstituts ist nicht beabsichtigt (72). Die der Fahrnisübereignung ausdrücklich beigefügte Klausel, die den Eigentumsübergang auf den Erwerber nicht schon mit der Uebergabe der Sache eintreten lässt, sondern ihn von der Erfüllung der aus dem obligatorischen Verpflichtungsgeschäft entstandenen Verbindlichkeiten des Erwerbers abhängig macht (73), bleibt mithin zulässig.

68) Vgl. Botsch 85; DAENIKER 48; LAAGER 21 f.; ENGI 70; EGGER 15; kritisch SCHOENDORF, ZHR 69 (1910) 551 f.

69) Vgl. DAENIKER 53. Art. 894 III E wird entsprechend so abgeändert, dass der Wechsel des Wohnortes des Verpfänders nach drei Monaten den Untergang der Verschreibung herbeiführt (s. ENGI 70; LAAGER 22 f.).

70) Vgl. DAENIKER 60; HAFETER 131; KOLLBRUNNER 1; PFISTER, ZBJV 1903, 251 f. i.v.m. 254; OSER, ZSR 1905, 463; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 520; zudem G. SCHIEMANN, Ueber die Funktion des pactum reservati dominii während der Rezeption des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa, SZRom 1976, 161 ff. und die dort genannte Literatur.

71) Vgl. den stark kritisierten Entscheid BGE 14 112 ff.; dazu HAFETER 131 ff.; MARTIN 18 ff.; OFFINGER 7; GUHL, Recht und Wirtschaft 1912 1, 361; s. zum Folgenden auch ROSSEL/MENTHA, Manuel du droit civil Suisse, Bd. II (2. A., Lausanne/Genf 1922) Nr. 1334, S. 401 ff.

72) Erl II 119; LAAGER 6

73) Vgl. die Definitionen des Eigentumsvorbehaltes bei HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 48 a.E.; KOLLBRUNNER 7; STAEHELIN 12 f.

In den Beratungen der Expertenkommission vermischt sich die Frage der Fahrnisverschreibung mit derjenigen der Zulassung des Eigentumsvorbehaltes(74). Immer mehr wird die Ansicht vertreten, dass sich Fahrnisverschreibung und Eigentumsvorbehalt gegenseitig ausschliessen(75). Dem Eigentumsvorbehalt erwächst vor allem aus dem Kreis der Bauernvertreter Opposition, da er im Viehhandel zu schweren Missbräuchen geführt hat(76). Der Antrag auf Unwirksamkeit wird schliesslich in der Sitzung vom 14. November 1902 mit grossem Mehr angenommen(77), und der Entwurf des Bundesrates verbietet denn auch in Art. 702 E den Eigentumsvorbehalt ausdrücklich(78).

4. Parlamentarische Beratungen

a) Nationalrat

Sieht man die während des Vernehmlassungsverfahrens zahlreich entstandenen Aeusserungen aus Juristen- und gewerblichen Fachkreisen durch(79), so fällt auf, dass gerade die Geschäftswelt, der man mit der Mobiliarhypothek hauptsächlich dienen wollte, dieses Rechtsinstitut zurückgewiesen hat(80). So richteten z.B. die Zürcher Handelskammer(81) und der Schweizerische Grossistenverband(82) im Juni 1906 zwei Eingaben an das Parlament, in denen die

74) HOFFMANN rügt ausdrücklich die Verquickung von Fahrnisverschreibung und Eigentumsvorbehalt (ProtExpKom III 150). REICHEL weist darauf hin, dass die Abstimmung über die Fahrnisverschreibung die Frage des Eigentumsvorbehaltes nicht präjudizieren sollte (ProtExpKom III 132).

75) ProtExpKom III 80, 131; s. auch OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 68.

76) Als Beispiel wucherischer Manipulationen werden die "Judenkühe" (s. oben § 5 II 2 b N. 43) genannt (ProtExpKom III 81). Vgl. auch DAENIKER 33; EGGER 18; HOFSTETTER 23/24.

77) ProtExpKom III 144. (Das Stimmenverhältnis betrug 19 gegen 7).

78) Art. 702 E lautet: Der Empfänger wird Eigentümer der übertragenen Sache, auch wenn der Veräusserer sich das Eigentum bis zur Entrichtung einer Gegenleistung vorbehalten hat (vgl. Botsch 68 ff.; DAENIKER 64; ENGI 71; LAAGER 8).

79) Vgl. die Uebersicht bei DAENIKER 38 f.; LAAGER 24 f.

80) GMUER 119; GUHL, Recht und Wirtschaft 1912 1, 361; SCHOENDORF 68 (1910) 505/506.

81) NZZ vom 19. Juni 1906, Nr. 168 (zit. nach DAENIKER 39 N. 5).

82) NZZ vom 9. Juni 1906, Nr. 158 (zit. nach DAENIKER 39 N. 6).

Ausschliessung der Vorräte und Warenlager gefordert und allgemein der Eigentumsvorbehalt der Fahrnisverschreibung vorgezogen wird(83).

Diese Einwendungen gegen die Ordnung des Entwurfes finden beim Nationalrat insofern Gehör, als der Kreis der verschreibensfähigen Gegenstände abgeändert und der sicherbare Anspruch eingeschränkt wird. An die Stelle der Vorräte und Warenlager treten demgemäss die "hausrätlichen Gegenstände"(84). Von grösserer Bedeutung ist jedoch die Beschränkung der Fahrnisverschreibung auf die Sicherung der Kaufpreisforderung(85), denn damit wird die in ihrem Anwendungsbereich stark reduzierte Mobiliarhypothek zum blossen Ersatz des verbotenen Eigentumsvorbehaltes(86). Diese Entwicklung ist somit Ausfluss jener Verquickung der Diskussionen, in denen beide Institute gegeneinander abgewogen wurden, in der Meinung, entweder der Eigentumsvorbehalt oder die Fahrnisverschreibung könne im Gesetz Platz finden(87). Zudem spielt auch hier neben dem nach wie vor anerkannten Drittgläubigerschutz(88) der Gedanke mit, den Schuldner gegen leichtfertiges Schuldenmachen zu schützen(89).

b) Ständerat

Der Ständerat geht noch einen Schritt weiter, indem er von der Mobiliarhypothek nur noch die Viehverschreibung übriglässt(90). Die Fahrnisver-

-
- 83) Vgl. LAAGER 25; DAENIKER 39, 64; ENGI 72; GUHL, Recht und Wirtschaft 1912 1, 362.
- 84) StenBullNR 1906 700, 711, 716; s. LAAGER 25; DAENIKER 46; ENGI 72.
- 85) StenBullNR 1906 698, 716 a.E.; DAENIKER 48 f.; LAAGER 25; ENGI 72; EGGER 16. Für Vieh gilt zudem weiterhin die aus dem bundesrätlichen Entwurf stammende Beschränkung, dass die Verpfändung nur zugunsten von Geldinstituten und Genossenschaften, die zum Abschluss solcher Geschäfte ermächtigt sind, erfolgen kann (s. oben III 2 bei N. 68).
- 86) ENGI 129; DAENIKER 49; BURKHARD 26; EGGER 17; vgl. auch hinten § 9 II A 2 a.
- 87) Oben III 3 bei N. 74 f.; vgl. OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 68, 84, 174; BURKHARD 27.
- 88) StenBullNR 1906 701, 706 ff., 711 f.; 1907 318; vgl. auch StenBullStR 1906 1355; ferner WIEGAND 284, 306; oben III 1 bei N. 51.
- 89) StenBullNR 1906 706 f., 713 f.; überdies StenBullStR 1906 1352, 1355; vgl. oben III 2 bei N. 67.
- 90) StenBullStR 1906 1345 ff., insbes. 1351 f., 1355; ENGI 72 f.; DAENIKER 65 ff.; LAAGER 30 ff.; EGGER 17.

schreibung wird durch einen gesetzlich geregelten Eigentumsvorbehalt ersetzt(91). Den bereits im Nationalrat geäußerten Bedenken, der Eigentumsvorbehalt habe im Abzahlungsgeschäft zusammen mit der Verfallklausel besonders beim Viehhandel zu wucherischer Ausbeutung geführt, trägt der Ständerat mit dem Ausschluss des Eigentumsvorbehaltes im Viehhandel Rechnung(92). In allen anderen Fällen ist der Eigentumsvorbehalt zudem nur wirksam, wenn er in ein öffentliches Register eingetragen wird(93).

Diesen Beschlüssen stimmt nachträglich mit geringen Abänderungen auch der Nationalrat zu(94), was dann zu der im folgenden zu beschreibenden Regelung dieser Materie im Gesetz führt.

Damit ist der Versuch EUGEN HUBERS, ein Registerpfandrecht für Fahrnis ins Bundesrecht einzuführen, gescheitert. Die Kreditaufnahme gegen Verpfändung von Mobilien wird mittels Faustpfandprinzip beschränkt.

91) Vorgeschlagener Art. 702; s. StenBullStR 1906 1344, 1355; GUHL, Recht und Wirtschaft 1912 1, 362.

92) StenBullStR 1906 1344, 1350, 1355.

93) Vorgeschlagener Art. 702 II; s. StenBullStR 1906 1350 f.

94) StenBullNR 1907 318, 320, 344; StenBullStR 1907 314.

Zweiter Teil: GELTENDES SCHWEIZERISCHES RECHT

§ 6 Uebersicht über die gesetzlich zugelassenen Mobiliarhypotheken

Mit der Einschränkung der von den Entwürfen vorgeschlagenen Mobiliarhypothek auf die Viehverschreibung steht das ZGB hinsichtlich der Fahrnisverschreibung auf dem Standpunkt, den das aOR von 1881 eingenommen hatte(1); allerdings mit dem Unterschied, dass die Zulassung der besitzlosen Viehverpfändung nicht dem Belieben der Kantone anheimgestellt ist(2). Um indessen einen vollständigen Ueberblick über die im schweizerischen Recht zugelassenen Mobiliarhypotheken zu gewinnen, ist das gesamte Bundesrecht zu berücksichtigen. Im folgenden wird deshalb anhand einiger Bundesgesetze aufgezeigt, dass ein besitzloses Pfand dem geltenden schweizerischen Recht durchaus nicht unbekannt ist.

I. Vertragliche Mobiliarhypotheken

1. Verschreibung von Einzelsachen

a) Viehverschreibung(3)

Wir haben gesehen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des ZGB eine Erweiterung des Realkredites durch Heranziehung beweglicher Güter entweder im Wege der Fahrnisverschreibung oder des Eigentumsvorbehaltes herbeiführen wollte. Die Viehverschreibung (Art. 885 ZGB) wird so zum Ersatzinstitut für den im Viehhandel ausgeschlossenen Eigentumsvorbehalt (Art. 715 II ZGB)(4).

Bei der Viehverschreibung übernimmt die Eintragung in ein Register die Funktion der Besitzübertragung an den Pfandgläubiger. Ausschlaggebend für

1) Vgl. vorn § 5 II 2 a.

2) EGGER 18; BGE 58 I 212 f.

3) Vgl. eingehend hinten § 7.

4) Vorn § 5 III 3, 4 b; zudem HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 68.

die Durchbrechung des Faustpfandprinzips war der Wunsch, dem Bauernstand die Aufnahme von Realkredit zu erleichtern(5). Zudem findet diese Mobiliarhypothek ihre Rechtfertigung in der Natur des Pfandobjektes: So wenig der Landwirt seinen Viehbestand entbehren kann, so unerwünscht ist es dem Pfandgläubiger, die mit der Ausübung der Besitzesmacht verbundenen Unterhaltungspflichten auf sich zu nehmen(6).

b) Schiffsverschreibung(7)

Die im BG über das Schiffsregister vom 28. Sept. 1923 (SchRG)(8) geregelte Schiffsverschreibung bezweckt - wie jede Mobiliarhypothek(9) - ein Entgegenkommen an den Verpfänder. Beim Schiff handelt es sich um ein Pfandobjekt, dessen Bestimmung geradezu darin liegt, im Verkehr zu bleiben. Im Fall einer Verpfändung ist es unerlässlich, dass der Besitz am Transportmittel der Schifffahrtsunternehmung unter Wahrung der Sicherstellung des Gläubigers erhalten bleibt(10). Zu diesem Zweck wurde für die kommerzielle Schifffahrt(11) ein hypothekarisches Pfandrecht in Form eines Registerpfandrechts geschaffen. Diese Mobiliarhypothek folgt dem Gedanken des germanischen Rechts(12), das Schiff nicht der Ordnung für bewegliche Sachen zu unterstellen, sondern gleich wie eine Liegenschaft zu behandeln(13). Im wesentlichen unterliegt die Schiffsverschreibung denn auch den Regeln über die Grundpfandverschreibung(14). Trotz Immobilisierung bleibt das Schiff aber eine bewegliche Sache(15).

5) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 6; EGGER 19 ff.; DAENIKER 13 ff.; KADERLI 183 f.

6) EGGER 20; DAENIKER 14; KADERLI 183. Zur Bedeutung des Instituts s. hinten § 33 I 2 a.

7) Vgl. eingehend hinten § 8.

8) SR 747.11; für den Verlauf der Gesetzgebung vgl. BURKHARD 32 ff.; ENGI 111 ff.; 97 ff.; ferner BBL 1922 III 1025 ff.; BBL 1927 II 1236 ff.

9) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 6; hinten § 33 I 1.

10) OFTINGER, ArchLR 1938, 143; BBL 1922 III 1025.

11) Unten I 2 b; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 73.

12) HEUSLER I 334; GIERKE II 12 f., 1000 ff.

13) FRIEDRICH 54; BBL 1970 II 1236.

14) KADERLI 205; ENGI 122; DUMONT, Ausgewählte Kapitel aus dem schweiz. Seeschifffahrtsrecht (Diss. Bern 1944) 5; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 75.

15) FRIEDRICH 54; BBL 1922 III 1033.

c) Luftfahrzeugverschreibung(16)

Das Rechtsinstitut der Luftfahrzeughypothek fand mit dem BG über das Luftfahrzeugbuch vom 7. Okt. 1959 (LBG) (17) Eingang ins schweizerische Recht. Vor Erlass dieses Gesetzes erforderte die Verpfändung eines Luftfahrzeuges die Uebergabe des Pfandobjektes an den Gläubiger(18). Da die Luftverkehrsunternehmen auf den Besitz und damit den Gebrauch ihrer Maschinen nicht verzichten konnten, erwies sich das Faustpfandprinzip für Luftfahrzeuge als unbrauchbar(19). Ausschlaggebend für das Bestreben, dem Schuldner die Verwendung des Flugzeuges als Realsicherheit zu ermöglichen, waren auch hier wirtschaftliche Gründe(20). Die Gegner einer hypothekarischen Verpfändung hatten ihre Ablehnung anlässlich der Vorarbeiten am BG über die Luftfahrt(21) vornehmlich mit der Untauglichkeit des Pfandobjektes(22) und der Verneinung eines wirklichen wirtschaftlichen Bedürfnisses begründet(23).

2. Generelle Hypotheken

a) Verpfändung von Eisenbahnunternehmungen

Art. 9 II b BG über die Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen vom 25. Sept. 1917 (VZEG) (24) erstreckt das Pfandrecht an einer Eisenbahnunternehmung auf das zum Betrieb gehörende bewegliche Material(25). Danach werden die im Eigentum der Unternehmung stehenden, dem Eisenbahnbetrieb dienenden Grundstücke und Fahrnis zu einem

16) Vgl. eingehend hinten § 8.

17) SR 748.217.1

18) OFTINGER, ArchLR 1938, 131 f.

19) BURKHARD 30 f.; OFTINGER, ArchLR 1938, 132.

20) GULDIMANN, SJZ 1961, 181/182 bei N. 5; GROSS 10; BBl 1959 I 453 ff.

21) BBl 1945 I 341 f.

22) OFTINGER, ArchLR 1938; 125 ff., 148 f.

23) GULDIMANN, SJZ 1961, 181; OFTINGER, ArchLR 1938, 117 ff., 147 f.

24) SR 742.211

25) Vgl. auch DROBNIG, CNUDCI 121/122.

und einer besonderen rechtlichen Regelung unterstellt, welche die Verwertung einzelner Bestandteile desselben ausschliesst(26). Die Verpfändung der einer Eisenbahnunternehmung gehörenden, dem Betrieb und Unterhalt dienenden Fahrnis erfolgt demnach zusammen mit der Verpfändung der Grundstücke der Unternehmung(27). Das Eisenbahnpfandrecht als generelle Hypothek(28) ist der englischen "floating charge" vergleichbar(29). Die im Eisenbahnpfandrecht enthaltene Mobiliarhypothek am Betriebsmaterial stellt somit ihrerseits ein das Spezialitätsprinzip durchbrechendes generelles Pfandrecht dar. Die Bestellung des Sicherungsrechts erfordert die Bewilligung des Bundesrates (Art. 1 VZEG)(30), bevor die Verpfändung in Form eines deklaratorischen Eintrages in das Pfandbuch aufgenommen wird (Art. 4 f. VZEG)(31).

b) Verpfändung von Schiffahrtsunternehmungen

Der Verpfändung einer Schiffahrtsunternehmung liegt gemäss Art. 10 VZEG ebenfalls das System der generellen Hypothek zugrunde. Da nach Art. 6 SchRG den konzessionierten Schiffahrtsunternehmungen(32) die Schiffsverschreibung nicht zur Verfügung steht, ist für diese Unternehmungen nur die im Zusammenhang mit dem Eisenbahnpfandrecht geschilderte Form der Mobiliarhypothek zugelassen(33).

- 26) BGE 47 III 178; KELLER 2; HOFSTETTER 54; ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 229, (Art. Eisenbahnpfandrecht, von ARX).
- 27) KELLER 70, 84 ff.; ENGI 97; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 36; LEEMANN, Art. 884 N. 41; HAAB, Art. 644/645 N. 2; MEIER-HAYOZ, Art. 644/645 N. 81 f.
- 28) BGE 47 III 177 f.; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 20, 37; vgl. auch ENGI 96 f.; a.M.: KELLER 59.
- 29) DROBNIG, CNUDCI 122; s. auch hinten § 20 I 3.
- 30) Vgl. KELLER 17 ff.; HOFSTETTER 55; KADERLI 204 N. 1; ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 229.
- 31) Vgl. KELLER 19; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 36; zudem VO betreffend Einrichtung und Führung des Pfandbuches über die Verpfändung von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen vom 11. Jan. 1918 (SR 742.211.1). Das in Art. 944 III ZGB vorgesehene Eisenbahngrundbuch wurde nicht eingeführt (s. HOMBERGER; Art. 944 N. 21 ff.; KELLER 84).
- 32) Der Begriff der konzessionierten Schiffahrtsunternehmung ergibt sich aus Art. 3 Postverkehrsgesetz (SR 783.0) und Art. 2 VO über die konzessions- und bewilligungspflichtige Schifffahrt (SR 747.211.1).
- 33) ENGI 93 ff., 98/99; HOFSTETTER 47; KADERLI 204 N. 1; OFTINGER/BAER, Syst.

c) Verpfändung von Trolleybusunternehmen

Art. 3 BG über die Trolleybusunternehmen vom 29. März 1950(34) unterstellt die Trolleybusbetriebe den Vorschriften des VZEG. Die Ausdehnung des ursprünglich nur für Eisenbahnen vorgesehenen generellen Pfandrechts(35) auf die Trolleybusunternehmen wurde damit begründet, dass bei Anwendbarkeit der zivilgesetzlichen Normen über das Grund- und Mobiliarpfandrecht die Anlagen und Fahrzeuge dieser Betriebe nur einzeln verwertet werden könnten, was offensichtlich unvereinbar sei mit einer ungestörten Aufrechterhaltung des öffentlichen Verkehrsbetriebes(36). Diese Begründung macht deutlich, dass der Bundesgesetzgeber mit der generellen Hypothek nach VZEG nicht nur Privatinteressen schützen will(37). Der Öffentlichrechtliche Einschlag, der sich in dem Erfordernis der bundesrätlichen Bewilligung (Art. 1 VZEG) zeigt(38), rechtfertigt es, die ganz spezielle rechtliche Ausgestaltung dieser Verpfändungsform nicht weiterzuverfolgen.

3. Abgrenzungen(39)

a) Grundstückszugehör

Nach Art. 805 I ZGB umfasst die Pfandhaft auch die Zugehör des verpfändeten Grundstückes. Diese Erstreckung des Grundpfandrechts auf die Grundstückszugehör stellt eine Mobiliarpfandhypothek dar(40). Da eine hypothekarische Verpfändung für sich allein indessen ausgeschlossen ist(41) und das Pfandrecht

34) SR 744.21

35) ENGI 94.

36) BBl 1949 II 109 f.; vgl. auch DROBNIG, CNUDCI 121.

37) Vgl. KELLER 2; ENGI 95.

38) KADERLI 204 N. 1; KELLER 17 ff.; s. zudem DROBNIG, CNUDCI 46, 49.

39) Die Abgrenzungen der Nachverpfändung (s. hiezu OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 43, Art. 886 N. 3) und des mit der Zession übergegangenen Pfandrechts (s. hiezu OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 44, Art. 884 N. 162, 165) von der Mobiliarpfandhypothek unterbleiben, da sie für die vorliegende Arbeit bedeutungslos sind.

40) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 35; LEEMANN, Art. 884 N. 41; MEIER-HAYOZ, Art. 644/645 N. 47; KLEIN 61; hiezu ausführlich HOFSTETTER 27 ff.

41) MEIER-HAYOZ, Art. 644/645 N. 49

an Grundstückszugehör demnach stets vom Bestand des Grundpfandes abhängt, handelt es sich um eine unselbständige Mobiliarhypothek(42). Die Mobiliarhypothek an Grundstückszugehör wird denn auch dem Grundpfandrecht zugeordnet(43).

b) Verpfändung von Warenpapieren

Beim Warenpapier im Sinne von Art. 902 und 925 ZGB liegt eine vom Lagerhalter oder Frachtführer ausgestellte, wertpapiermässige Bescheinigung vor, durch die der unselbständige Besitzer die Pflicht anerkennt, Waren herauszugeben, die er zur Aufbewahrung oder Beförderung übernommen hat(44). Nach der Repräsentationstheorie "vertritt" das Warenpapier die Sache im Rechtsverkehr insofern, als es die Rechte und den mittelbaren Besitz an der Ware verkörpert(45). Mit der Uebertragung des Warenpapiers wird der mittelbare Besitz an der Sache selbst übertragen und durch die Verpfändung des Papiers die Ware selbst verpfändet(46). LEEMANN bezeichnet diese Verpfändungsform daher als Mobiliarhypothek(47). Der das Interesse des Pfandgläubigers wahrende Besitz wird indessen vom Frachtführer oder Lagerhalter ausgeübt, so dass weder die Ware noch das Warenpapier in der Gewalt des Verpfänders verbleibt(48). Die Uebertragung des Besitzes am Warenpapier ist demzufolge eine wertpapiermässig ausgestaltete Besitzeanweisung(49). Die Verpfändung durch Uebergabe

42) LEEMANN, Art. 805 N. 47; s. auch RAUCH 155/156.

43) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 66; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 559/560; ZR 1915, Nr. 72 S. 181. PFISTER (ZBJV 1903, 329) und OFFINGER (41) weisen darauf hin, dass die Erstreckung des Grundpfandrechtes auf die Zugehör keinen Ersatz für die fehlende hypothekarische Sicherungsmöglichkeit bietet.

44) JAEGGI, Vorbem. zum 7. Abschn. N. 3 und 5; STARK, Art. 925 N. 7; OFTINGER/BAER, Art. 902 N. 8.

45) STARK, Art. 925 N. 18; OFTINGER/BAER, Art. 902 N. 8; s. auch FLUME 67.

46) JAEGGI, Vorbem. zum 7. Abschn. N. 63 ff.; STARK, Art. 925 N. 18, 21; HOMBERGER, Art. 925 N. 3; LEEMANN, Art. 902 N. 6.

47) LEEMANN, Art. 884 N. 41, Art. 902 N. 6; vgl. auch WIELAND, Art. 925 N. 3 c; OSTERTAG, Art. 925 N. 5.

48) OFTINGER/BAER, Art. 902 N. 25, Syst. Teil N. 45; STARK, Art. 925 N. 21 a; vgl. demgegenüber die Domizilverpfändung im französischen Recht (dazu hinten § 24).

49) HOMBERGER, Art. 925 N. 6; STARK, Art. 925 N. 19; OFTINGER/BAER, Art. 902 N. 25; HINDERLING 441; WEBER, Publizitätsprinzip 75.

eines Warenpapiers (Art. 902 I ZGB) oder Pfandscheines (Art. 902 II ZGB) stellt somit - wie die Verpfändung mittels Besitzanweisung(50) - eine Faustpfandbestellung dar(51).

II. Gesetzliche Mobiliarhypotheken(52)

1. Besondere Retentionsrechte des ZGB und des OR

Das Retentionsrecht des Vermieters (Art. 272 I OR), des Verpächters (Art. 286 III OR) sowie der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer (Art. 712 k ZGB) beschlägt, im Unterschied zum allgemeinen Retentionsrecht (Art. 895 ZGB), Sachen, die sich im Besitz des Schuldners befinden. Diese Sicherungsrechte setzen mithin nicht den Besitz des Gläubigers am Sicherungsgut voraus; sie sind vielmehr besondere gesetzliche Fahrnispfandrechte(53), die zu den Mobiliarhypotheken gezählt werden(54).

Dem Retentionsrecht des Vermieters ist das Retentionsrecht des Gast- und des Stallwirtes an den eingebrachten Sachen der Gäste (Art. 491 OR) gleichzustellen, denn auch die Gast- bzw. Stallwirte brauchen nicht Besitzer dieser Sachen zu sein(55).

-
- 50) OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 254. - Die Begründung des Pfandbesitzes bedarf jedoch immer der Anzeige an den Dritten (s. STARK, Art. 924 N. 32; OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 261; HINDERLING 438/439). Bei der Uebertragung des Besitzes am Warenpapier erhält der Erwerber demgegenüber sofort den von der Besitzmittlerstellung des Veräusserers unabhängigen Besitz (STARK, Art. 925 N. 19; HINDERLING 442).
- 51) HOMBERGER, Art. 925 N. 6; vgl. auch WEBER, Publizitätsprinzip 75 ff.; GRAVENHORST 99 f.; THEUERKAUF 39; DROBNIG, CNUDCI 15; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 10, § 25. Zur praktischen Bedeutungslosigkeit dieser Verpfändungsform s. OFFINGER 60 ff., 112; TRACHSEL 80 ff.; vgl. demgegenüber die Stellung der Lagerhäuser in Frankreich (dazu hinten § 23 II 4).
- 52) Die im folgenden aufgeführten Mobiliarhypotheken sind Fälle gesetzlicher Interessenwahrnehmung. Der Verkehrsschutz wird hier nicht schon bei den Voraussetzungen der Pfandrechtsentstehung (vgl. aber hinten § 10 I A 2 a letzter Abschn.) berücksichtigt, sondern mittels Folgerungen (vgl. Z.B. Art. 273 f. OR) verwirklicht (FROTZ, Gutachten 18).
- 53) SCHOENENBERGER/SCHMID, Art. 272-274 N. 3; OFTINGER/BAER, Art. 895 N. 195.
- 54) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 39; einschränkend aber OSER/SCHOENENBERGER, Art. 272 N. 9.
- 55) SCHOENENBERGER/SCHMID, Art. 272-274 N. 3; OFTINGER/BAER, Art. 895 N. 196; STARK, Art. 920 N. 58; HOMBERGER, Art. 920 N. 15; WEBER, Publizitätsprinzip 65, ferner FLUME 67, offenbar a.M.: GAUTSCHI, Art. 487 N. 4 b, Art. 491 N. 2 b.

2. Pfandrecht des Pfandbriefgläubigers

Gemäss Art. 21 BG über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930(56) haben die Mitgliedbanken die einer Pfandbriefzentrale verpfändeten Deckungswerte in ein Pfandregister einzutragen(57). An den eingetragenen Werten besitzt die Pfandbriefzentrale ein Pfandrecht, ohne dass ein besonderer Verpfändungsvertrag und die Uebergabe des Deckungsgutes an sie erforderlich sind (Art. 23)(58). Neben dem gesetzlichen Pfandrecht zur Sicherung der Darlehensforderungen der Pfandbriefzentralen besitzen die Pfandbriefgläubiger nach Art. 16 und 18 ihrerseits ein von den Formvorschriften des ZGB befreites gesetzliches Pfandrecht(59) an der im Pfandregister eingetragenen Deckung(60). Sowohl das Pfandrecht, das das Mitglied der Zentrale wie jenes, das die Zentrale dem Pfandbriefgläubiger einräumt, sind Registerpfandrechte(61).

3. Pfandrecht zugunsten von Spareinlagen

Art. 16 BG über die Banken und Sparkassen vom 8. Novemer 1934(62) ermächtigt die Kantone, ein Sparkassenpfandrecht bis zum Höchstbetrag von Fr. 5000 pro Einleger in Abweichung von den Formvorschriften des ZGB zu schaffen(63). Das Pfandrecht nach Art. 16 BaG stellt demnach ebenfalls ein ge-

56) SR 211.423.4

57) Vgl. BRUEHLMANN, BG über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930 usw. (Zürich 1931), (einzige) N. zu Art. 21.

58) Vgl. BR 1967 I 625.

59) Vgl. BRUEHLMANN (zit. N. 57), Art. 16 N. 1, Art. 18 N. 1.

60) Der Fahrnisbegriff im Sinne des 23. Titels des ZGB ist weiter als "Fahrnis" im Sinne von Art. 713 ZGB (s. OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 9; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 99). Das Pfandrecht zugunsten des Pfandbriefgläubigers wird deshalb zu den Mobiliarhypotheken gezählt.

61) Vgl. im einzelnen KLEINER, Die Gesetzgebung über das Bankwesen in Bund und Kantonen (2. A., Zürich 1979) 136 ff.; sowie ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 491; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 40, 55; LEEMANN, Art. 884 N. 41; zudem BRUEHLMANN (zit. N. 57), Art. 16 N. 2; OFFINGER 28; TRACHSEL 46.

62) SR 952.0

63) Von dieser Befugnis haben lediglich die vier Kantone Zürich, Basel-Stadt, Tessin und Glarus in unterschiedlicher Ausgestaltung Gebrauch gemacht. Vgl. hiezueu BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz (Zürich 1976), Art. 16 N. 1; KLEINER (zit. N. 61) 144; ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 546.

setzliches Pfandrecht dar, das ohne Abschluss eines Pfandvertrages und ohne Uebergabe der Pfandsache an den Gläubiger entsteht(64).

4. Pfandrecht gemäss Art. 57 VVG

Art. 57 I VVG bestimmt, dass das Pfandrecht des Gläubigers sich auch auf die aus der Versicherungsentschädigung angeschafften Ersatzstücke erstreckt. Diese dingliche Surrogation begründet zugleich eine Mobiliarhypothek(65). Die aus einer dem Pfandgläubiger verhafteten Versicherungsleistung angeschafften Ersatzstücke unterliegen nämlich selbst dann der nach Versicherungsrecht erstreckten Pfandhaft, wenn der Pfandgläubiger keinen Besitz an diesen Mobilien hat(66).

III. Mobiliarhypothek als Ausnahmeinstitut

Die Uebersicht zeigt, dass das in Art. 884 ZGB niedergelegte Faustpfandprinzip nach wie vor fast unbeschränkte Geltung hat, denn die vom schweizerischen Recht in Anwendung des Vorbehaltes nach Art. 884 I ZGB zugelassenen Ausnahmen beschlagen lediglich Sonderfälle(67). Die Durchbrechungen der bei Pfandrechten an Fahrnis erforderlichen Besitzübertragung sind selten. Das Verbot der Mobiliarhypothek (Art. 884 I,III ZGB) prägt somit die schweizerische Ordnung des Fahrnispfandrechts(68) (69).

64) Vgl. BODMER/KLEINER/LUTZ (zit. N. 63), Art. 16 N. 4; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 41, 56; LEEMANN, Art. 884 N. 41; TRACHSEL 46.

65) OFTINGER/BAER, Art. 892 N.17, Syst. Teil N. 42, 52; LEEMANN, Art. 884 N. 41.

66) Vgl. ROELLI/JAEGER, Kommentar zum Schweizerischen BG über den Versicherungsvertrag, Bd. II (Bern 1932), Art. 57 N. 39.

67) Vgl. OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 181; BURKHARD 14, 21; KADERLI 181.

68) Vgl. OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 103, 171; STARK, Art. 920 N. 50; HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 2; LEEMANN, Art. 884 N. 70; HOMBERGER, Art. 924 N. 18; OFFINGER 27; NICKEL-SCHWEIZER 51; KLEIN 72 und 73.

69) Innerhalb der vorstehend genannten besitzlosen Pfandrechte bedürfen die Fälle der rechtsgeschäftlichen bestellten Fahrnisverschreibungen besonderer Behandlung. Die Gestaltung dieser Registerpfandrechte zeigt, welche exakte Regelung erforderlich ist, damit die Mobiliarhypothek als rechtliches Institut bestehen kann, ohne dass der Rechtsverkehr beeinträchtigt wird (s. FLUME 69; ENGI 91; vorn § 5 III 1). Die folgende Darstellung konzentriert sich auf die für die Konzeption der betreffenden Registerpfandrechte typischen Punkte (s. PROTZ, Gutachten 310).

§ 7 Viehverschreibung

I. Anwendungsbereich

1. Beteiligte Personen

a) Pfandgläubiger

Der Viehverschreibung können sich nur Geldinstitute und Genossenschaften bedienen, die von der zuständigen Behörde ihres Wohnsitzkantons zum Abschluss dieser Sicherungsgeschäfte ermächtigt sind (Art. 885 I ZGB) (1). Diese Beschränkung der Pfandgläubigerschaft bezweckt, den Verpfänder vor missbräuchlichen und ausbeuterischen Uebergriffen des Gläubigers zu schützen (2). Die Ermächtigung ist zwingendes Erfordernis für ein gültiges hypothekarisches Pfandrecht an Vieh (3).

b) Pfandschuldner

Der Kreis der Pfandschuldner unterliegt keinen Beschränkungen, insbesondere braucht der Verpfänder nicht Bauer zu sein (4). Wie beim Faustpfand können die im Eigentum eines Dritten stehenden Tiere entweder vom Dritten selbst (5) oder mit dessen Zustimmung vom Schuldner verschrieben werden (6).

-
- 1) KADERLI (185) und ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI (591 Nr. 1) sprechen deshalb von einem Sonderrecht.
- 2) Vgl. VEB 1932 Nr. 64 S. 89; überdies Art. 2 II VO des Bundesrates betreffend die Viehverpfändung vom 30. Okt. 1917 (SR 211.423.1; zukünftig zitiert als VO); s. hiezu im einzelnen OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 11 ff.; LEEMANN, Art. 885 N. 11 ff.; ferner KADERLI 186 f.; ENGI 75; EGGER 31 ff.; HOFSTETTER 24; PFISTER, ZBJV 1903, 323/324; s. auch DROBNIG, CNUDCI 19; DERS., RabelsZ 1974, 473/474.
- 3) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 15; EGGER 33.
- 4) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 23; LEEMANN, Art. 885 N. 31; EGGER 38; ENGI 74.
- 5) ENGI 74; EGGER 37 f.
- 6) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 22 i.V.m. Art. 884 N. 304, 316. (Die fehlende Identität von Verpfänder und Eigentümer ruft allerdings registermässige Schwierigkeiten hervor).

2. Pfandgegenstand

Pfandobjekt kann gemäss Art. 885 I ZGB nur Vieh sein. Die nähere Umschreibung des Begriffes ergibt sich aus Art. 198 OR(7). Im Unterschied zu Art. 884 VE/Art. 890 I E(8) können auch zum Vergnügen gehaltene Tiere hypothekarisch verpfändet werden(9). Die Verordnung verwirklicht den Grundsatz der Spezialität. Jedes einzelne verpfändete Tier ist nach seiner Art, seinem Geschlecht und seinen besonderen kennzeichnenden Merkmalen einzutragen (Art. 11 I VO). Damit ist die Verpfändung von Sachgesamtheiten (Herden) ausgeschlossen(10).

3. Pfandforderung

Dem Akzessorietätsprinzip(11) entsprechend setzt die Viehverschreibung den Bestand einer Forderung voraus(12). Aus der Einschränkung des Pfandgläubigerkreises(13) folgt, dass nur Forderungen der zum Geschäftsabschluss ermächtigten Geldinstitute und Genossenschaften mittels Viehverschreibung gesichert werden können(14). Im übrigen ist aber jede Forderung dieser Institute sicherungstauglich(15).

7) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 24; KADERLI 189; vgl. im einzelnen HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 21; EGGER 39 ff.; DAENIKER 20; ENGI 76 f.; HOFSTETTER 24. Zur Praxis der Banken vgl. ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 591 Nr. 2; KADERLI 189/190.

8) Vorn § 5 III 1 a.

9) EGGER 41; ENGI 76; KADERLI 190; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 24; unklar DAENIKER 20 bei N. 1.

10) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 25; EGGER 42/43; KADERLI 190; HOFSTETTER 26; s. auch WAHL/BLOMEYER 591, 618.

11) Vgl. hiezu statt vieler: OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 149 ff.

12) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 29; EGGER 43.

13) Oben I 1 a.

14) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 30; EGGER 44.

15) Vgl. dazu eingehend KADERLI 189; EGGER 44 ff.; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 30 ff.

II. Begründung

1. Pfandvertrag

Grundlage der Viehverschreibung bildet der Pfandvertrag. Dieser gibt dem Gläubiger einen obligatorischen Anspruch auf Vornahme der konstitutiven Vollzugshandlung(16). Der Grundsatz der Formfreiheit ist insofern relativiert, als die Ausfüllung des Anmeldescheins (Art. 10 I VO)(17) die Beurkundung wesentlicher Punkte des Vertragsinhaltes bewirkt(18).

2. Registereintrag

a) Prozedur der Eintragung(19)

Nach Zustellung des vom Pfandgläubiger, Verpfänder und Viehinspektor unterschriebenen Anmeldescheins erfolgt die Eintragung in das als Verschreibungsprotokoll bezeichnete Register (Art. 10 I VO), das die Einträge chronologisch ordnet (Art. 6 II VO). Bevor der Viehinspektor den Anmeldeschein unterzeichnet, hat er sich über die individualisierenden Merkmale der Pfandsache zu vergewissern (Art. 10 II VO).

b) Oertliche Zuständigkeit

Der Eintrag erfolgt im Verschreibungsprotokoll des Amtskreises, in dem das verpfändete Vieh seinen ordentlichen Standort hat (Art. 9 I VO). Diese dem Art. 886 I VE entnommene Ausdrucksweise(20) wird in Art. 9 II,III VO präzisiert. Danach handelt es sich um den dauernden Aufenthaltsort nach dem Willen des Eigentümers, im Zweifel dessen Wohnsitz gemäss Art. 23 ff. ZGB(21).

16) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 28; ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 591 Nr. 3; KADERLI 191; ENGI 77; EGGER 47.

17) Vgl. im einzelnen EGGER 48 ff.; ENGI 77 f.

18) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 28; EGGER 47.

19) Die in der VO ausführlich geregelten Formalien der Eintragung (vgl. Art. 9-21 VO; dazu eingehend EGGER 50 ff.; ENGI 78 ff.) zeigen eindrücklich das Bemühen des Gesetzgebers, die Mobiliarhypothek zu einem präzisen Rechtsinstitut auszugestalten (s. auch FLUME 69; FROTZ, Gutachten 309 f.).

20) Vorn § 5 III 1 b bei N. 57.

21) Vgl. OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 44; EGGER 51 ff.; ENGI 79 f.

c) Registerwirkung (Eintragungsprinzip) (22)

Die bisher behandelten Vorgänge dienen der Errichtung der Viehverschreibung. Erst die Eintragung ins Verschreibungsprotokoll bewirkt die dingliche Perfektion(23). Der Eintrag hat demnach konstitutive Bedeutung(24). Ist keine Eintragung vorhanden, so können Dritte mithin auf die Inexistenz eines Verschreibungspfandrechts schliessen(25).

III. Rechtsbeziehungen bis zur Pfandverwertung

A. Schutzbedürfnis des Pfandgläubigers

Als Mobiliarhypothek belässt die Viehverschreibung den Verpfänder im Besitz und Gebrauch des Pfandobjektes. Die Stellung des Schuldners ist für den Gläubiger mit Gefahren verbunden(26). Es ist deshalb notwendig, den Gläubiger gegen Handlungen des Schuldners, die die Erhaltung der Sicherheit gefährden, zu schützen(27).

-
- 22) In diesem Zusammenhang ist lediglich die Wirkung des Registereintrages im Hinblick auf die Entstehung des Pfandrechts zu untersuchen; zu den weiteren Wirkungen s. unten IV. - Die in der Literatur verwendete Terminologie zur Umschreibung der Publizitätswirkung der Register ist uneinheitlich. Die vorliegende Arbeit hält sich an die von der neueren handelsrechtlichen Literatur verwendeten Begriffe; vgl. hiezu PATRY 142 ff., insbes. 145 bei N. 17 f.; zudem BAER 132 ff.
- 23) Die dingliche Perfektion ist scharf von der "perfection" des amerikanischen Rechts zu trennen; s. dazu hinten § 12 IV.
- 24) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 35; LEEMANN, Art. 885 N. 55 f.; EGGER 50, 69; ENGI 78, 84 ff.; KADERLI 192; WEBER, Publizitätsprinzip 73; HOFSTETTER 24; s. auch MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 23, 33.
- 25) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 35; WEBER, Publizitätsprinzip 73; s. aber auch LIVER, Eigentum 336 (zur Rechtskraft des Eigentumsvorbehalt-Registers). Die Frage, wie die aufgrund der negativen Publizitätswirkung (zum Verhältnis von Rechtskraft und Publizität vgl. WEBER, Publizitätsprinzip 66 ff.) bestehende Vermutung der Unkenntnis Dritter definiert ist (vgl. hiezu PATRY 143 f.) stellt sich demnach gar nicht. Denn die ausserregisterliche Kenntnis kann dann keine Rechtsfolgen haben, wenn dem Eintrag rechtserzeugende Wirkung zukommt (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 129 N. 60). Das noch nicht eingetragene Pfandrecht existiert auch für denjenigen nicht, der um die erfolgte Bestellung hätte wissen können oder müssen.
- 26) Vgl. ENGI 90/91; DAENIKER 154; EGGER 72; zudem PAULICK 97, 112; DOSKOTZ 55; WEISWEILER 52 ff.; FREUND 51.
- 27) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 28/29; SIMITIS, AcP 1971, 128; WAHL/BLOMEYER 618.

B. Schutzmittel

1. Allgemeines

Dem Gesetzgeber stehen grundsätzlich drei Möglichkeiten offen, um den Pfandschuldner von einer dem Pfandrecht des Gläubigers abträglichen Verfügung abzuhalten(28). Das erste legislatorische Mittel besteht darin, die Rechtswirksamkeit der Pfandrechtsbestellung an Voraussetzungen zu knüpfen, die es dem Schuldner physisch verunmöglichen, eine Veräusserung oder zweite Verpfändung vorzunehmen. Diese Unmöglichkeit wird mit dem Faustpfandprinzip erreicht(29). Für die Formen des hypothekarischen Pfandrechts fällt dieses Schutzmittel also von vornherein weg. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dem Verpfänder die ihm verbliebene Verfügungsmacht zwar nicht physisch, aber rechtlich durch Auferlegung zivilrechtlicher Dispositionsverbote zu entziehen. Trotzdem vorgenommene rechtliche Verfügungen sind ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Dritten nichtig(30). Das dritte Mittel schliesslich erschöpft sich in der strafrechtlichen Verfolgung dessen, der unerlaubterweise über die Pfandsache verfügt(31).

2. Viehverschreibung

a) Strafrechtlicher Schutz

Alle rechtlichen und tatsächlichen Verfügungen, die den Wert der Pfandsache für den Gläubiger schmälern, sind nach Art. 147 I StGB strafbar(32). Für die dem hypothekarischen Pfandrecht abträglichen tatsächlichen Verfügungen ergibt sich der Unrechtsgehalt aus dem Pfandvertrag(33). Die Unerlaubtheit der rechtlichen Verfügungen ist auf die mit dem Gutgläubensschutz entstandene Rechtslage zurückzuführen. Der gutgläubige Eigentumserwerb

28) Vgl. auch hinten § 23 I 2.

29) Vorn § 4 II A 1, insbes. N. 13; DEMELIUS 156/157.

30) SIMITIS, AcP 1971, 129, 131; DEMELIUS 158.

31) Vgl. Erl II 333/334; DEMELIUS 158; SIMITIS, AcP 1971, 133/134; ferner MERTENS 46.

32) STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I (2. A., Bern 1978) 214/215; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 144.

33) Oben II 1; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 57.

Dritter (Art. 714 II, 933 ZGB) bewirkt nämlich den Untergang der Viehver-
schreibung, und das gutgläubig erworbene Faustpfandrecht (Art. 884 II ZGB)
geht der Verschreibung ohne Rücksicht auf das Errichtungsdatum vor(34).

b) Mitteilungssystem

Die Verordnung sieht zum Schutz des Gläubigers vor unerlaubten Ver-
fügungen zusätzlich eine Reihe von Mitteilungen vor. Das Verschreibungsamt
ist verpflichtet, verschiedene Anzeigen über Errichtung, Neueintrag, Aende-
rung oder Löschung der Viehveranschreibung ergehen zu lassen(35). Die Mittei-
lungen richten sich an das Betreibungsamt (Art. 24-27 VO), an den Viehin-
spektor (Art. 28-32 VO), an die Viehveranschreibung (Art. 33 f. VO) und an die
Beteiligten (Art. 35 f. VO), insbesondere an den Verpfänder(36).

Das System von administrativen Massnahmen zeigt, dass eine gewisse
Schwerfälligkeit des Instituts in Kauf genommen werden muss, um das Inter-
esse des Gläubigers an der Erhaltung der Sicherheit gegenüber den mit dem
Besitz des Schuldners an der Pfandsache verbundenen Gefahren zu schützen(37).
Der Schutz, den die Mitwirkung des Viehinspektors gewährt, ist zudem nicht
lückenlos. Dieser kann eine Verfügung über das verpfändete Vieh grundsätz-
lich nur verhüten, wenn sich die Besitzübertragung ausserhalb seines In-
spektionskreises vollzieht(38).

34) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 57, 78, 83; s. auch unten IV 1.

35) Die Mitteilungen an das Verschreibungsamt bezwecken nicht - wie ENGI (80)
annimmt - den Schutz des Gläubigers (s. OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 71).

36) Vgl. im einzelnen EGGER 56 ff.; ENGI 80 ff.; KADERLI 198 f.; OFTINGER/
BAER, Art. 885 N. 61 ff.; LEEMANN, Art. 885 N. 48 ff. - Der Pfandschuld-
ner wird gleichzeitig darauf aufmerksam gemacht, dass Verfügungen über
die Pfandsache ohne Zustimmung des Pfandgläubigers verboten sind (s.
EGGER 65; ENGI 84, 87 f.; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 69).

37) Vgl. auch hinten § 24 II B 2; zudem WAHL/BLOMEYER 618.

38) Gemäss Art. 14 Tierseuchengesetz vom 1. Juli 1966 (SR 916.40) hat der
Viehinspektor aus seuchenpolizeilichen Gründen einen Verkehrsschein
(früher Gesundheitsschein genannt) auszustellen, wenn Vieh ausserhalb
des Inspektionskreises oder im eigenen Inspektionskreis auf den Markt
oder eine Ausstellung verbracht wird. Wird nun der Viehinspektor um Aus-
fertigung von Verkehrsscheinen angegangen, so verpflichtet ihn Art. 31
VO, sich zu vergewissern, ob eine Viehveranschreibung bestehe. Ist das
Tier verschrieben, so darf er den Verkehrsschein nur mit Zustimmung
des Pfandgläubigers ausstellen. Das Mitteilungssystem versagt demzufolge,
wenn das Vieh den Inspektionskreis nicht verlässt und kein Verkehrsschein
auszustellen ist. Vgl. OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 62 f.; ALBISETTI/BOD-
MER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 591 Nr. 4; EGGER 63/64; ENGI 83; KADERLI 193.

IV. Wirkungen gegenüber Dritten

Die Frage, inwieweit eine Viehverschreibung durch Verfügungen des Verpfänders berührt wird(39), beurteilt sich nach den Wirkungen des Verschreibungsprotokolls.

1. Gutglaubensschutz ausserhalb des Registers

a) Wesen der positiven Publizitätswirkung

Die positive Publizitätswirkung schafft zu Lasten Dritter eine unwiderlegbare Vermutung, die ihnen jede Berufung auf ihre Unkenntnis von der Eintragung abschneidet(40). Da es sich beim guten Glauben um das Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels handelt(41), zerstört die Fiktion der Kenntnis des Eintrages den guten Glauben Dritter(42). Gutgläubiger Dritterwerb ausserhalb des Registers ist demnach ausgeschlossen.

b) Verschreibungsprotokoll

Dem Verschreibungsprotokoll fehlt die positive Publizitätswirkung(43). Der Pfandgläubiger ist demnach weder gegen den Verlust durch gutgläubigen lastenfreen Erwerb(44) noch gegen den gutgläubigen Erwerb des Faustpfandrechts (Art. 884 II ZGB)(45) geschützt. Dies ist auch der Grund, weshalb

39) Geht man davon aus, dass der Schuldner trotz vertraglicher oder gesetzlicher Beschränkungen seiner Verfügungsmacht unerlaubterweise über den Pfandgegenstand verfügen kann (s. WEBER, Publizitätsprinzip 73/74), so stellt sich das Problem, welche Rechte der Gläubiger gegenüber dem Dritt-erwerber besitzt.

40) Vgl. statt vieler: PATRY 142.

41) JAEGGI, Art. 3 N. 30.

42) Vgl. OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 359; HAAB/SIMONIUS, Art. 714 N. 52.

43) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 36; LEEMANN, Art. 885 N. 59; HOMBERGER, Art. 933 N. 31; HAAB/SIMONIUS, Art. 714 N. 52; EGGER 70 ff.; ENGI 85; KADERLI 196 f.; EGLI 8; WEBER, Publizitätsprinzip 72; HOFSTETTER 25.

44) Zum gutgläubigen Eigentumserwerb s. STARK, Art. 933 N. 63 a.

45) Vgl. nachstehend V 2. Der Begriff "Erwerber" kann also sowohl den Käufer als auch den Erwerber des Pfandrechts bezeichnen; vgl. DROBNIG, CNUDCI 67; SIMITIS, AcP 1971 131 vor N. 129; CROWTHER Report I, 5.5.9 S. 198 N. 1.

der Gesetzgeber dem Pfandschuldner ein Veräußerungs- und Verpfändungsverbot auferlegt hat(46). Im übrigen beurteilt sich die Gutgläubigkeit des Erwerbers nach den allgemeinen Regeln von Art. 3 ZGB(47).

2. Gutglaubensschutz mittels Register

a) Wesen des öffentlichen Glaubens

Ausgangslage für das Prinzip des öffentlichen Glaubens ist der gute Glaube des Dritterwerbers und der durch unrichtige Eintragung entstandene, von der materiellen Rechtslage abweichende Rechtsschein(48). Der Rechtsmangel liegt im eigenen rechtswidrigen Verhalten des Erwerbers, der infolge fehlender Verfügungsbefugnis des Veräußerers ein fremdes Recht verletzt(49). Fehlt dem Erwerber das Unrechtsbewusstsein(50), so werden die Rechtsmangelfolgen aufgehoben(51). Derjenige, der sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Register verlassen hat, wird somit in seinem Erwerb des dinglichen Rechts geschützt(52).

b) Verschreibungsprotokoll

Dem Verschreibungsprotokoll fehlt auch der öffentliche Glaube(53). Im Bereich dieses Registers wird der Rechtsmangel bei Gutgläubigkeit des Erwerbers nicht geheilt. Bezieht sich der gute Glaube des Erwerbers auf die Ein-

-
- 46) Oben III B 2 b N. 36; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 57; LEEMANN, Art. 885 N. 66 f.; ENGI 85; ferner GRAVENHORST 101; WAHL/BLOMEYER 618.
- 47) Vgl. JAEGGI, Art. 3 N. 104 ff. Danach ist dem Erwerber eine Einsichtnahme ins Verschreibungsprotokoll nur zumutbar, wenn Verdachtsgründe vorliegen (OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 36; Erl II 338). Es besteht keine allgemeine Pflicht, sich über allfällige Einträge zu erkundigen (LEEMANN, Art. 885 N. 59; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 78, 83); vgl. dazu auch ENGI 85/86; WEBER, Publizitätsprinzip 72/73.
- 48) Vgl. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 30; s. auch LIVER, Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzips im Grundstücksverkehr, ZBGR 1979, 2.
- 49) Vgl. JAEGGI, Art. 3 N. 32.
- 50) Vgl. JAEGGI, Art. 3 N. 35 ff.
- 51) Vgl. JAEGGI, Art. 3 N. 74 ff.
- 52) Vgl. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 30.
- 53) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 49 ff.; LEEMANN, Art. 885 N. 28, 57; EGGER 37, 69; ENGI 85; HAFFTER 79/80; HOFSTETTER 25; a.M.: KADERLI 195/196.

tragung(54), bleibt das Vertrauen in den Rechtsschein mithin ungeschützt.

V. Konkurrenz mit anderen Sicherungsrechten an der Pfandsache

1. Mehrfache Verpfändung

Wurden die gleichen Tiere mehrfach verschrieben, so gilt das Prinzip der Alterspriorität. Der Rang bestimmt sich demgemäss nach dem Zeitpunkt der Errichtung des Pfandrechts (Art. 893 II ZGB) (55). Darunter ist für die Viehverschreibung das Datum des Eintrages im Verschreibungsprotokoll zu verstehen(56).

2. Gutgläubig erworbenes Faustpfand- und Retentionsrecht

Im Falle der Bestellung eines Faustpfandes zugunsten eines gutgläubigen Dritten (Art. 884 II ZGB) geht dieser dem Viehpfandgläubiger vor(57).

Die gleiche Regelung gilt für das gutgläubig erworbene allgemeine Retentionsrecht (Art. 895 III ZGB) sowie das Retentionsrecht des gutgläubigen Vermieters (Art. 272, 273 I OR) und Verpächters (Art. 286 III OR) (58). Nach herrschender Lehre(59) sind auch der Vermieter und Verpächter nur bei Vorliegen von Verdachtsgründen zur Erkundigung über Einträge im Verschreibungsprotokoll verpflichtet, um gutgläubig zu sein(60).

54) Zum Gegenstand der Vermutung des guten Glaubens s. JAEGGI, Art. 3 N. 83 ff.

55) OFTINGER/BAER, Art. 893 N. 3, 11 f.; LEEMANN, Art. 885 N. 74; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 45.

56) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 77, Art. 893 N. 12; EGGER 76; ENGI 89; KADERLI 196 N. 1.

57) Oben III B 2 a, IV 1 b; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 78; LEEMANN, Art. 885 67, 75; KADERLI 196; ENGI 89; EGGER 77; HOFSTETTER 26.

58) OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 79; LEEMANN, Art. 885 N. 76; ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 591 Nr. 5; EGGER 79; HOFSTETTER 27; kritisch zur gesetzlichen Regelung KADERLI 201 f.

59) SCHOENENBERGER/SCHMID, Art. 272-274 N. 40; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 79; KADERLI 200 bei N. 1; s. auch oben IV 2 b N. 47; a.M.: EGGER 78/79.

60) Die Retentionsrechte gemäss Art. 57 OR und Art. 700 II ZGB gehen unabhängig vom guten oder bösen Glauben des Gläubigers der Viehverschreibung vor (s. OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 79 a.E.; LEEMANN, Art. 885 N. 77; ENGI 90; KADERLI 202; EGGER 79).

VI. Untergang des Pfandrechts

Die materiellen Untergangsgründe sind im wesentlichen die gleichen wie beim Faustpfandrecht(61). Dabei ist zu beachten, dass sich der Untergang des Pfandrechts unabhängig vom Eintrag vollzieht(62).

Die formellen Untergangsgründe stehen im Zusammenhang mit der Löschung des Eintrages. Die negative Rechtskraft des Registers bewirkt hier den Untergang des Rechts(63). Einen speziellen Grund für die Löschung bildet das Protokollbereinigungsverfahren. Dieses in Art. 13, 36 II VO geregelte Vorgehen führt zu einer gesetzlichen Befristung der Viehverschreibung auf zwei Jahre(64).

61) Vgl. hiezu OFTINGER/BAER, Art. 888 N. 4 ff.

62) Oben IV 2 b; vgl. demgegenüber hinten § 8 III 1 b. OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 85; LEEMANN, Art. 885 N. 2; EGGER 80.

63) Oben II 2 c N. 25; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 86; LEEMANN, Art. 885 N. 79.

64) Will der Pfandgläubiger sein Recht vor dem Untergang infolge Zeitablaufs schützen, so muss er für sein im zweitvorhergehenden Kalenderjahr eingetragenes Pfandrecht bis zum 31. Dez. einen Erneuerungsantrag stellen, auf den ihn das Verschreibungsamt jeweils im November aufmerksam macht. Vgl. OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 87; ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 591 Nr. 6; EGGER 80/81; KADERLI 202.

§ 8 Schiffs- und Luftfahrzeugverschreibung

Das SchRG hat bei der Regelung der hypothekarischen Verpfändung von Luftfahrzeugen aufgrund der analogen Interessenlage als Vorbild gedient(1). Die beiden Institute werden daher gemeinsam behandelt.

Gemäss Art. 37 I BG über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge vom 23. Sept. 1953 (SSG)(2) ist die Schiffshypothek grundsätzlich auch auf die schweizerischen Seeschiffe anwendbar(3). Die Schweiz kennt jedoch strenge Nationalitätsvorschriften in bezug auf Sitz, Leitung und Mitgliedschaft der Schifffahrtsgesellschaften sowie Finanzierung und Betrieb der Schiffe, die sich auf die Ausgestaltung der Seeschiffshypothek auswirken(4). Diese seerechtlichen Besonderheiten werden lediglich unter Hinweis auf die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen berücksichtigt.

Obwohl es sich um Fahrnis handelt, sind die Sicherheiten an Schiffen und Luftfahrzeugen weitgehend dem Immobilienrecht nachgebildet(5), so dass sie schon deshalb etwas aus dem Rahmen dieser Arbeit fallen. Beide Mobiliarhypotheken unterstehen denn auch grundsätzlich den Regeln über die Grundpfandverschreibung(6). Ueberdies liegen ausgesprochene Sonderordnungen vor, die auf die spezifischen Bedürfnisse bestimmter Wirtschaftszweige zugeschnitten sind(7).

1) Vgl. EGLI 9, 92; GULDIMANN, SJZ 1961, 183; zudem bereits BURKHARD 31; OFTINGER, ArchLR 1938, 142.

2) SR 747.30

3) Die im folgenden zitierten Bestimmungen des SchRG geben demnach, wenn nicht ausdrücklich auf das SSG verwiesen wird, gleichzeitig die seerechtliche Ordnung wieder (s. FRIEDRICH 60/61).

4) Vgl. BB1 1976 II 1181/1182.

5) Vgl. STARK, Art. 937 N. 7; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 97, Art. 655 N. 4; s. auch SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 526/527 N. 70.

6) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 75; HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 22; ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 528 (Art. Schiffspfandrecht, RALL); KADERLI 205, 207; ENGI 122; HOFSTETTER 48; EGLI 57; GULDIMANN, SJZ 1961, 184; s. auch vorn § 6 I 1 b bei N. 14.

7) Die Darstellung beschränkt sich demgemäss auf die Grundzüge der betreffenden Gesetze.

I. Anwendungsbereich

A. Beteiligte Personen

1. Bei Binnenschiffen und Luftfahrzeugen

Für beide Mobiliarhypotheken gelten bezüglich der Parteien keine besonderen Vorschriften, d.h. die Verpfändung kann zugunsten eines beliebigen Gläubigers vorgenommen werden, und der Verpfänder ist grundsätzlich Eigentümer des Pfandobjektes(8).

2. Bei Seeschiffen

Nach Art. 37 III SSG kann eine Schiffsverschreibung nur auf den Namen schweizerischer Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz oder auf den Namen ausländischer Gläubiger eingetragen werden, die mit einer Bescheinigung des schweizerischen Seeschiffahrtsamtes nachweisen, dass sie die an die Finanzierung gestellten Bedingungen erfüllen(9).

B. Pfandgegenstand

1. Schiffsverschreibung

a) Binnenschiffe

Nur die im Schiffsregister(10) eingetragenen Schiffe können verschrieben werden(11). Die Registrierung setzt eine minimale Tragfähigkeit und eine bestimmte Verwendungsart voraus; zudem müssen die Schiffe zu mehr als der

8) Auch hier ist es möglich, dass das Eigentum an der Pfandsache und die Schuldnerschaft auseinanderfallen (Art. 34 LBG, Art. 40 I SchRG; vgl. EGLI 68 f.; ENGI 100/101; KADERLI 207; hierzu allgemein OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 386 ff).

9) Vgl. den Gesetzestext von Art. 24 II SSG; dazu BBl 1976 II 1187 f.

10) Unten II B 1 a.

11) Art. 31 ff., 38 SchRG; vgl. KADERLI 206; EGLI 22; ENGI 101.

Hälfte einem oder mehreren Eigentümern mit Wohnsitz in der Schweiz(12) gehören(13).

b) Seeschiffe

Die Verpfändung steht wiederum lediglich den registrierten Schiffen offen(14). Die Eintragung ins schweizerische Seeschiffsregister(15) erfolgt, sofern die Schiffe zur gewerbsmässigen Beförderung von Personen oder Gütern verwendet werden oder hiefür bestimmt und die gesetzlichen Voraussetzungen hinsichtlich Eigentum, finanzieller Mittel, Zulassung zur Seeschifffahrt, Namengebung und Verfahren erfüllt sind(16).

2. Luftfahrzeugverschreibung

Pfandobjekt sind die im schweizerischen Luftfahrzeugbuch(17) aufgenommenen Luftfahrzeuge(18) (19).

C. Pfandforderung

Die sicherzustellende Forderung ist keiner Beschränkung unterworfen(20).

- 12) Das zu Unzukömmlichkeiten führende Heimathafenprinzip wurde mit der Revision vom 8. Okt. 1971 fallengelassen (s. dazu BBl 1970 II 1240).
- 13) Vgl. im einzelnen den Gesetzestext von Art. 4 und 5 SchRG. (Schiffe mit weniger als zwei Tonnen Tragfähigkeit können nicht verschrieben werden; s. ENGI 101/102; KADERLI 206).
- 14) Art. 37 I i.V.m. Art. 2 I SSG
- 15) Unten II B 1 a.
- 16) Vgl. hiezu im einzelnen Art. 17 ff. SSG.
- 17) Unten II B 1 b.
- 18) Art. 1 II LBG; vgl. GROSS 66 ff.
- 19) Abweichungen von der grundpfandrechtlichen Ordnung des ZGB (s. oben N. 6) sind vor allem bei der Pfandhaft mit Rücksicht auf die Wechselteile zu verzeichnen. Art. 21 II LBG modifiziert den Zugehörbegriff und für Triebwerkeinheiten wird eine Bestandteilsfiktion eingeführt (Art. 22 LBG). Die Darstellung dieser und weiterer auf ganz besondere Betriebsverhältnisse zugeschnittenen Normen ist der Spezialliteratur zu entnehmen. Vgl. GROSS 85 ff.; EGLI 46 ff., insbes. auch S. 66 (zur Pfandhaft, die gegenüber Art. 806 ZGB eingeschränkt ist); GULDIMANN, SJZ 1961, 185 ff.
- 20) Art. 38 SchRG, Art. 26 LBG (s. auch Art. 824 I ZGB); dazu ENGI 104 f.; GROSS 68 ff.

Auch Anleiheobligationen können mittels einer Schiffs- oder Luftfahrzeughypothek sichergestellt werden(21).

II. Begründung

A. Pfandvertrag

Die hypothekarische Verpfändung ist ebenfalls kausal; Kausalgeschäft ist der Pfandvertrag(22). Im Unterschied zum Grundpfandrecht (Art. 799 II ZGB) wird die öffentliche Beurkundung nicht verlangt. Der Vertrag auf Errichtung der Verschreibung bedarf zu seiner Verbindlichkeit lediglich der Unterschriften beider Parteien(23).

B. Registereintrag

1. Funktion des Registers

a) Schiffsregister

Das Schiffsregister erfüllt sowohl privat- wie auch öffentlichrechtliche Funktionen, denn die Immatrikulation der Schiffe und die Rechtslage der dinglichen Rechte am Schiff sind im gleichen Register vereinigt(24). Auch das Seeschiffsregister hat nicht nur die Bedeutung eines Publizitätsmittels, sondern erfüllt zugleich die Aufgabe eines Flaggenreisters mit vorwiegend verwaltungs- und völkerrechtlicher Funktion(25) (26).

21) Art. 39 SchRG, Art. 27 II LBG.

22) Vgl. vorn § 7 II 1; s. auch MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 42; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 48.

23) Art. 41 I i.V.m. Art. 32 II SchRG; Art. 28 II LBG; vgl. dazu ENGI 117/118; KADERLI 207; EGLI 52 f., 58; GROSS 70.

24) Art. 4, 26 SchRG; s. EGLI 21; GROSS 38. - Die staatliche Aufsicht erleichtert die Entwicklung besitzloser Pfandrechte; vgl. hiezu EHRIG 125 f., 138; GRAVENHORST 103; SIMITIS, AcP 1971, 107.

25) FRIEDRICH (58) bezeichnet es deshalb als "Mehrweckregister".

26) Für das Aufnahmeverfahren (oben I B 1), das für die rechtliche Erfassung der Schiffshypothek wenig bedeutsam ist, verweise ich auf Art. 4 ff. SchRG (s. ENGI 107 ff.) bzw. Art. 33 f. SSG (s. BB1 1976 II 1189).

b) Luftfahrzeugbuch

Für Luftfahrzeuge bestehen zwei getrennte Register: das Luftfahrzeugbuch und das Luftfahrzeugregister. Die Aufgabe des Luftfahrzeugbuches ist auf die privatrechtliche Publizitätsfunktion beschränkt, während das Luftfahrzeugregister öffentlichrechtlichen Zwecken dient(27). Die im Luftfahrzeugregister eingetragenen Flugzeuge werden nur auf Antrag des Eigentümers in das Luftfahrzeugbuch aufgenommen(28).

2. Oertliche Zuständigkeit

Die Register für Binnenschiffe werden bei den vom Bundesrat als zuständig erklärten Grundbuchämtern (Schiffsregisterämtern) geführt(29). Die Schiffe sind bei demjenigen Registeramt einzutragen, das für das Gewässer, auf dem das Schiff verwendet wird, zuständig ist(30).

Da für die ganze Schweiz nur ein Luftfahrzeugbuch besteht(31) und für die schweizerischen Seeschiffe Basel einziger Registerhafen ist(32) ergeben sich hier keine Zuständigkeitsprobleme.

3. Eintragungsprinzip

Das Publizitätsprinzip verlangt, dass die dinglichen Rechte in eine auch für Dritte erkennbare Form eingekleidet werden(33). Dieses formale Element ist für die Verpfändung von Schiffen und Luftfahrzeugen der Registereintrag(34). Durch den Abschluss des Pfandvertrages entsteht zwischen den Parteien ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis. Der Pfandgläubiger hat

27) EGLI 21; GROSS 38; GULDIMANN, SJZ 1961, 184.

28) Art. 1 II LBG. (Das allgemeine Fakultativum war umstritten; s. GULDIMANN, SJZ 1961, 182/183).

29) Art. 1 SchRG; Art. 1 VV vom 24. März 1924 (SR 747.111).

30) Art. 9 I SchRG; vgl. dazu BB1 1970 II 1240.

31) EGLI 29; GROSS 39; GULDIMANN, SJZ 1961, 184.

32) Art. 2 II SSG.

33) MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 26.

34) MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 23, 33; s. auch STARK, Art. 937 N. 3, 7; HINDERLING 407 N. 8, 459 bei N. 3, 467 bei N. 7.

gegenüber dem Verpfänder nur einen persönlichen Anspruch auf Eintragung ins Register; ihm fehlt die dingliche Berechtigung(35). Der Eintrag hat somit gemäss dem (absoluten) Eintragungsprinzip(36) konstitutive Bedeutung(37).

III. Wirkungen gegenüber Dritten

1. Registerwirkungen

Die Publizität richtet sich nach der Ordnung des Grundbuchrechts(38). Die so erzielte Offenkundigkeit kommt dem Schutz des Pfandgläubigers zugute(39).

a) Positive Publizitätswirkung

Beide Gesetze stellen die Fiktion auf, jeder Registereintrag sei bekannt(40). Wer das Register nicht einsieht, kann sich demnach nicht auf die Unkenntnis der Verschreibung berufen(41). Die positive Publizität setzt voraus, dass die Register zur Einsicht offenstehen(42). Den Grundsatz der unbeschränkten Öffentlichkeit verwirklicht indessen einzig Art. 13 II LBG(43).

b) Öffentlicher Glaube

Dem Schiffsregister und dem Luftfahrzeugbuch ist der öffentliche Glaube(44)

35) Vgl. LEEMANN, Art. 799 N. 18.

36) Vgl. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 33.

37) Art. 41 I, Art. 28 SchGR und Art. 971 I ZGB; Art. 14, 28 I LBG; s. ENGI 118; KADERLI 207; EGLI 42; GROSS 71.

38) Vgl. Art. 28 SchRG, Art. 7 LBG; KADERLI 205; ENGI 122; FRIEDRICH 54; EGLI 41; GROSS 38; GULDIMANN, SJZ 1961, 182.

39) Vgl. vorn § 7 III A, B 1.

40) Art. 28 SchRG i.V.m. Art. 970 III ZGB, zudem Art. 10 II SSG; Art. 13 III LBG; vgl. auch vorn § 7 IV 1 a.

41) ENGI 113; GROSS 42; EGLI 45.

42) Vgl. Art. 13 I LBG; Art. 970 I ZGB und Art. 28 SchRG.

43) Nur hier ist die Glaubhaftmachung eines Interesses an der Einsichtnahme entbehrlich; vgl. demgegenüber Art. 970 II ZGB, Art. 28 SchRG; s. EGLI 31; GROSS 49.

44) Zum Begriff s. vorn § 7 IV 2 a.

zuerkannt(45). Der Eintrag begründet in bezug auf die im Register aufgenommenen Schiffe und Luftfahrzeuge eine Vermutung für das Bestehen des zugrundeliegenden Pfandrechts(46). Der gutgläubige Dritte wird in seinem Vertrauen auf die äussere Erscheinungsform des Rechts geschützt(47), d.h. der öffentliche Glaube des Registers vermag dem redlichen Dritten das erhoffte Recht zu verschaffen(48) (49).

2. Zusätzliche Publizitätsmittel

a) Schiffsbrief

Nach Art. 29 I SchRG wird dem Schiffseigentümer eine Urkunde (Schiffsbrief) ausgestellt, die eine genaue Wiedergabe des Registereintrages enthält, mit Ausnahme der Verfügungsbeschränkungen(50). Der Schiffsbrief soll den Eigentümer in die Lage versetzen, sich jederzeit über sein Eigentum und die übrigen dinglichen Rechtsverhältnisse am Schiff auszuweisen(51). Da die Vornahme von Eintragungen dinglicher Rechte nur unter gleichzeitiger Berichtigung des Schiffsbriefes erlaubt ist (Art. 29 II SchRG), darf der Dritte auf die im Schiffsbrief aufgeführten Pfandrechte vertrauen(52). Art. 30 SchRG

45) Art. 28 SchRG i.V.m. Art. 973 ZGB, zudem Art. 10 II SSG; Art. 16 I LBG; vgl. ENGI 113; FRIEDRICH 60 ff.; HOFSTETTER 48; EGLI 43 f.; GROSS 41/42.

46) Vgl. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 24; STARK, Art. 937 N. 12; HOMBERGER, Art. 937 N. 2 ff.; HINDERLING 459.

47) MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 25.

48) MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 30. Der geschützte gute Glaube bezieht sich indessen weder auf die gesicherte Forderung noch auf das Verfügungsrecht des Gläubigers (FRIEDRICH 62/63); s. dazu STARK, Art. 937 N. 18; HINDERLING 461 N. 14; zudem HOMBERGER, Art. 937 N. 24, 26; OSTERTAG, Art. 973 N. 27.

49) Im Falle mehrfacher Aufnahme, namentlich als Folge betrügerischer Handlungen des Eigentümers, entscheidet Art. 16 II LBG den entstehenden Interessenkonflikt zugunsten desjenigen, dessen Recht auf dem früher begründeten Blatt eingetragen ist (EGLI 44; BBl 1959 I 465; GULDIMANN, SJZ 1961, 184 N. 13); es gilt mithin das Prinzip der Alterspriorität (GROSS 42).

50) Vgl. hiezu BBl 1922 III 1040/1041; überdies WEBER, Publizitätsprinzip 68/69.

51) ENGI 113/114; BBl 1922 III 1041.

52) BBl 1922 III 1041; FRIEDRICH 66.

sieht denn auch für den Fall eines Verlustes des Schiffsbriefes ein besonderes Amortisationsverfahren vor(53).

b) Ausschluss des Seebriefes

Das Korrelat zum Schiffsbrief für die Binnenschifffahrt ist im Seerecht der Seebrief. Dieser hat wie das Schiffsregister primär öffentlichrechtliche Funktionen(54). Der Seebrief muss sich gemäss Art. 41 I SSG stets auf dem Schiff befinden. Eine durchgängige Übereinstimmung zwischen Seebrief und Registerinhalt ist deshalb kaum möglich(55). Zudem fehlen Vorschriften, die bei Neueintragungen möglichst rasch diese Übereinstimmung erzwingen. Die Angaben über die beschränkten dinglichen Rechte im Seebrief sind demzufolge rechtlich bedeutungslos(56).

IV. Konkurrenz mit andern Sicherungsrechten an der Pfandsache

A. Mehrfache Verschreibung

Dem Grundpfandrecht entsprechend gilt das System der festen Pfandstelle(57). Der Grundsatz der Alterspriorität ist jedoch insofern von Bedeutung, als auch die Fahrnishypotheken nur dann eine bessere Rangstellung, als dem Zeitpunkt ihrer Errichtung entspricht, einnehmen können, wenn eine leere Pfandstelle vorhanden ist, die nach dem Grundsatz der Alterspriorität(58) geschaffen worden ist(59).

53) Vgl. ENGI 114. - Alle Schiffe, die in das Schiffsregister aufgenommen worden sind, werden nach Art. 17 SchRG gekennzeichnet (s. ENGI 114). Dieses Kennzeichen sagt somit nichts über die dinglichen Rechtsverhältnisse am Schiff aus.

54) Vgl. ausführlich FRIEDRICH 64 f.; s. auch oben II B 1 a N. 25.

55) Vgl. die Formulierung in Art. 41 II SSG, wonach der Seebrief "den wesentlichen Inhalt der Eintragungen im Register" wiedergibt.

56) FRIEDRICH 66. Eine privatrechtliche Publizitätsfunktion kann dem Seebrief nur im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse zuerkannt werden (vgl. Art. 43 IV SSG); ungenau WEBER, Publizitätsprinzip 69.

57) Art. 47 SchRG, Art. 26 II LBG, vgl. Art. 813 ff., insbes. Art. 825 I ZGB.

58) Vgl. Art. 26 II, III SchRG, Art. 15 f. LBG, Art. 972 ZGB; dazu HOMBERGER, Art. 972 N. 4 ff.

59) Vgl. LIVER, Einl. vor Art. 730 ff. N. 44.

B. Faustpfand- und Retentionsrecht

Gemäss Art. 53 SchRG und Art. 51 LBG kann an den in das Register aufgenommenen Schiffen und Luftfahrzeugen weder ein Faustpfand- noch ein Retentionsrecht geltend gemacht werden. Damit vermeidet der Gesetzgeber die bei der Viehverschreibung geschilderten Schwierigkeiten(60).

C. Gesetzliche Pfandrechte

1. Mittelbare gesetzliche Pfandrechte

Für die mittelbaren gesetzlichen Pfandrechte an Binnenschiffen(61), d.h. für jene, bei denen das Gesetz einen realobligatorischen Anspruch auf Eintragung gewährt, ist die Regel der Alterspriorität massgebend. Das Datum der Registereintragung entscheidet über den Rang(62).

2. Unmittelbare gesetzliche Pfandrechte

a) Ohne Eintragung (Privilegien)

Bei den Privilegien handelt es sich um gesetzliche Pfandrechte, die ohne Eintragung in einem Register entstehen und die den eingetragenen Hypotheken im Rang vorgehen(63). Solche heimlichen Pfandrechte mit Vorgangsrecht sind in Art. 38 SSG und Art. 53^{bis} SchRG vorgesehen(64).

b) Mit Eintragung

Die Rechtsnatur der gesetzlichen Pfandrechte an Luftfahrzeugen im Sinne

60) Vorn § 7 v 2.

61) Art. 51 SchRG

62) KADERLI 214; missverständlich ENGI 120.

63) BB1 1970 II 1242.

64) Vgl. dazu BB1 1970 II 1242 ff. Da diese gesetzlichen Pfandrechte dem Kredit abträglich sind, bilden sie Gegenstand internationaler Uebereinkommen, welche die Vertragsstaaten verpflichten, nur die in den betreffenden Konventionen vorgesehenen Privilegien zuzulassen (vgl. BB1 1970 II 1268 f.; ALBALNETTI/BOUMER/BOEMLE/GSELL/PUTSCHI 526/529 [Art. Schiffspfandrecht, RALL]).

von Art. 47 ff. LBG ist umstritten(65). GROSS(66) weist überzeugend nach, dass diese Pfandrechte schon vor ihrer Eintragung in das Luftfahrzeugbuch entstehen und die Frist von drei Monaten demnach eine Resolutivbedingung darstellt(67). Den unmittelbar kraft des Gesetzes entstehenden Pfandrechten wird, ohne Rücksicht auf das Datum ihrer Errichtung, ein Vorrang vor andern im Register schon eingetragenen dinglichen Rechten verliehen(68).

V. Untergang des Pfandrechts

Die formelle Gestaltung des Unterganges der Verschreibung steht grundsätzlich im Einklang mit der grundpfandrechtlichen Regelung. Demnach führt nicht schon der Untergangsgrund das Erlöschen des Pfandrechtes herbei, sondern erst die Löschung des Eintrages im Register(69). Die mit dem Eintrag verbundene Vermutung der Existenz des eingetragenen Rechts bewirkt m.a.W. einen das Pfandrecht von der materiellen Rechtslage lösenden Rechtsschein(70). Der vollständige Untergang des Pfandobjektes und dessen Streichung(71) im Luftfahrzeugbuch (Art. 9 LBG) bzw. im Schiffsregister (Art. 20 SchRG) zieht den Untergang der Pfandrechte nach sich, ohne dass es der Löschung bedarf(72).

65) Die Frage lautet, ob es sich um mittelbare oder unmittelbare gesetzliche Pfandrechte handelt; vgl. hiezu die Uebersicht bei GROSS 104.

66) GROSS 105.

67) Nur diese Auslegung deckt sich mit dem Wortlaut von Art. 48 I LBG. ("Das gesetzliche Pfandrecht erlischt, wenn ..."); vgl. demgegenüber den Wortlaut von Art. 51 SchRG und Art. 837 I ZGB (s. hiezu HOMBERGER, Art. 837 N. 14).

68) Art. 49 I LBG; vgl. GROSS 106; EGLI 75.

69) Vgl. Art. 33 LBG, Art. 42 SchRG, Art. 801 I ZGB; LEEMANN, Art. 801 N. 1.

70) Oben III 1 b; LEEMANN, Art. 801 N. 2.

71) Der Ausdruck "Streichung" wird für die Entlassung aus dem entsprechenden Register verwendet; die Löschung dagegen bezieht sich auf die Beseitigung von Eintragungen (s. GULDIMANN, SJZ 1961, 184 N. 14).

72) Art. 33 I LBG; vgl. EGLI 61; GROSS 108 f.; ENGI 121.

§ 9 Umgehungsgeschäfte

Nach der Behandlung der vom Gesetz vorgesehenen Durchbrechungen des Faustpfandprinzips ist nun zu untersuchen, ob nicht die Praxis mobiliarhypothekarische Kreditsicherungsmöglichkeiten entwickelt hat(1).

I. Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut

1. Fiduziarisches Rechtsgeschäft

Die Sicherungsübereignung ist ein fiduziarisches Sicherungsmittel(2). Der Fiduziant räumt dem Fiduziar die über den Sicherungszweck der Zuwendung hinausgehende Rechtsmacht eines Eigentümers ein(3). Nach KLAUSING entspringt die fiducia zu Sicherungszwecken zum guten Teil gewissen Unzulänglichkeiten der Bestimmungen über das Vertragspfand an Mobilien. Man gelange entweder zu einer freien gewohnheitsrechtlichen Ergänzung der gesetzlich normierten Verpfändungsformen, d.h. eben zur Verwendung fiduziarischer Uebertragungen, oder aber zur Einführung von Mobiliarhypotheken(4). Im folgenden ist zu zeigen, dass in der Schweiz die fiduziarische Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut keine Verpfändung ausserhalb der Begründungsvorschriften für das Faustpfandrecht ermöglicht(5).

2. Sicherungszweck

Die Begründung fiduziarischen Eigentums dient hier der Sicherstellung(6).

1) Vgl. auch OFFINGER 108 ff.

2) Vgl. zum fiduziarischen Rechtsgeschäft statt vieler: von TUHR/PETER § 26 IV S. 204 f. mit weiteren Angaben in N. 21; NICKEL-SCHWEIZER 9, 50 ff.; zudem die allgemeine Darstellung bei RÜEDE-BUGNION, Fiduziarische Rechtsgeschäfte, die ein Markenrecht zum Gegenstand haben, nach schweizerischem Recht; ASR Nr. 454 (Bern 1978) 31 ff., insbes. 48 f.

3) Vgl. OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 235, 239.

4) KLAUSING 371; s. auch SIMITIS, AcP 1971, 108; PFISTER, ZBJV 1903, 327/328.

5) Für die zulässige Sicherungsübereignung mit Uebergabe der Sache vgl. OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 239 ff.; REICHWEIN, SJZ 1950, 322 ff.; GUBLER, ZSR 1954, 239a.

6) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 171, 239 a.E.; FROTZ, Gutachten 111.

Die bisherigen Ausführungen haben nachgewiesen, dass das schweizerische Recht dem Faustpfand grundsätzlich einen starken Ausschliesslichkeitscharakter beilegt(7). Aufgrund der Zweckverwandtschaft zwischen Faustpfand und Sicherungsübereignung stellt sich die Frage, ob die Uebertragung zu Sicherungszwecken nicht den Vorschriften der Faustpfandbestellung unterstellt werden muss, wenn die Sicherheit mit dem Besitzkonstitut verbunden wird(8).

3. Besitzkonstitut

a) Traditionssurrogat

Art. 924 ZGB anerkennt Möglichkeiten der Besitzübertragung, bei denen eine Tradition (Art. 922 f. ZGB) nicht notwendig ist. Eines dieser Surrogate ist das Besitzkonstitut(9). Seine Bedeutung liegt darin, dass im Normalfall der Eigentumsübertragung der bisherige Besitzer den selbständigen Besitz an den Erwerber überträgt, gleichzeitig aber die Sache aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses(10) als unselbständiger Besitzer (Art. 920 II ZGB) behält; der bisherige selbständige Besitzer wird also zum unselbständigen(11).

b) Verhältnis zum Verbot der Mobiliarhypothek

Das beschriebene Traditionssurrogat, das vom Gesetz zugelassen wird, um den Rechtsverkehr nicht übermässig zu behindern(12), verstösst gegen das Faustpfandprinzip. Art. 884 I,III ZGB verbietet somit die Begründung des Fahrnispfandrechts durch Besitzkonstitut(13). Damit jedoch ist die Frage,

7) Vorn § 6 III.

8) Vgl. WAHL/BLOMEYER 586/587; NICKEL-SCHWEIZER 50.

9) Vgl. STARK, Art. 924 N. 1; HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 1.

10) Vgl. die Kasuistik bei OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 281; STARK, Art. 924 N. 52 ff.; ferner HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 146, Art. 717 N. 61.

11) STARK, Art. 924 N. 44; HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 1, 5; OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 274; HINDERLING 434.

12) Vgl. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 32.

13) OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 274. Vgl. demgegenüber WELLSPACHER (153/154, 163 f.), der das Konstitut auch für die Pfandbestellung zulassen will. Das so entstandene Pfandrecht wäre indessen gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam; s. hiezu FROTZ, Gutachten 35 f.; EHRENZWEIG I/2 409.

ob der Gesetzgeber das Konstitut auch für die ausserhalb der eigentlichen Verpfändung liegende Sicherungsübereignung als untauglich ansehe, noch nicht beantwortet(14).

Die eindeutige Antwort findet sich in Art. 717 I ZGB, wonach die durch Konstitut(15) vorgenommene Uebereignung von Fahrnis Dritten gegenüber unwirksam ist, wenn damit eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt ist(16). Sicherungsübereignungen mit Besitzkonstitut fallen demnach unter diese Norm(17), denn die Parteien wollen mit den geschilderten Rechtsgeschäften den wirtschaftlichen Erfolg einer Pfandbestellung herbeiführen, ohne dass der Verpfänder den Besitz aufgibt. Nach Art. 884 III ZGB ist aber das Pfandrecht solange nicht begründet, als der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält. Die Umgehungsabsicht(18) ist daher aus den Umständen in all den Fällen als vorhanden anzusehen, in denen die Parteien das Konstitut im Rahmen eines Sicherungsgeschäftes verwenden(19).

-
- 14) Auf der Verneinung dieser Frage beruht die Rechtsentwicklung in Deutschland (vgl. LINCKELMANN, Arch.bürg.R. 1893, 222 ff.; SCHOENDORF, ZHR 68 [1910] 514 ff.). Auch das deutsche Recht lässt keine Pfandbestellung durch Konstitut zu, doch die Sicherungsübereignung mit Konstitut ist wirksam (s. NICKEL-SCHWEIZER 53; GMUER 117; dazu ausführlich hinten § 29 II 1 und 30).
- 15) Zur Ausgestaltung und Entwicklung des Kaufes auf Wiederkauf vgl. HROMADKA 141 ff.; zudem hinten § 27 II 2.
- 16) Art. 202 II aOR, der die Grundlage zu Art. 717 ZGB bildete, verbot die Sicherungsübereignung mit Konstitut nur insofern, als der Dritte, der dadurch geschädigt wurde, den Nachweis der beabsichtigten Schädigung erbringen und damit die Sicherungsübereignung hinfällig machen konnte. Mit Ausnahme dieser praktisch schwierigen Anfechtung der Eigentumsübertragung liessen die schweizerischen Gerichte die Sicherungsübereignung zu (vgl. BGE 19, 347; 19, 893 ff.; 20, 1084; 24 II 580 ff.; 30 II 556; 31 II 434 ff; dazu die Kritik bei HAFETER 141 ff.; OFFINGER 1 ff., 134 ff.; s. auch vorn § 5 II 2 b N. 41), auch wenn darin eine offenbare Umgehung des Faustpfandprinzips enthalten war (s. OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 276; NICKEL-SCHWEIZER 50 N. 28; BURKHARD 24/25; WEBER, Publizitätsprinzip 30 N. 4; REICHWEIN, SJZ 1950, 321; GUHL, Recht und Wirtschaft 1912 1, 361).
- 17) OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 276; STARK, Art. 924 N. 58 f., 77; HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 146, Art. 717 N. 65 ff.; HOMBERGER, Art. 924 N. 19; von TUHR/PETER § 26 IV S. 205 N. 26; HINDERLING 435; LIVER, Eigentum 322/323; HOFSTETTER 45 f.; BLASS 109; s. auch WIEGAND 284, 295, 306; KLEIN 62 f.; GMUER 117; BGE 72 II 235/240 f., 78 II 212, 94 II 304.
- 18) Für das Verhältnis von Art. 717 ZGB zur Frage der Gesetzesumgehung s. OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 297.
- 19) OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 288; DERS., ArchLR 1938, 133; HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 60 f.; missverständlich NICKEL-SCHWEIZER 51 N. 34.

4. Relative Unwirksamkeit

Die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut hat nur relative Wirkung(20). Inter partes ist die Sicherungsübereignung, sofern die überschüssenden Rechtsfolgen der Eigentumsübertragung von den Parteien gewollt sind(21), gültig(22). Gegenüber Dritten jedoch ist der angestrebte Eigentumsübergang unwirksam (Art. 717 I ZGB). Nach geltender Auslegung bedeutet dies, dass das Eigentum bei Konkurs oder Pfändung gegenüber den Gläubigern des Veräußerers nicht als übergegangen gilt(23). Sie können sich folglich aus den übereigneten Vermögenswerten befriedigen, als wären diese stets im Eigentum ihres Schuldners geblieben(24).

II. Eigentumsvorbehalt

A. Verhältnis zur Mobiliarhypothek

1. Gemeinsame Sicherungsfunktion

Der Eigentumsvorbehalt(25) und die Mobiliarhypothek verfolgen den gleichen wirtschaftlichen Zweck der Sicherstellung(26); sie dienen der Hebung des

- 20) Vgl. von TUHR/PETER § 25 IV S. 198, § 26 N. 26 S. 205; LIVER, Eigentum 323 N. 5; kritisch HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 51.
- 21) Die Gültigkeit des Geschäftes ist nur noch dort unter dem Gesichtspunkt der Simulation zu prüfen, wo die Rechtsfolgen inter partes zur Diskussion stehen (OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 296, 294).
- 22) OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 293 f.; HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 62.
- 23) HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 55, 62; OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 292; von TUHR/PETER § 25 bei N. 29 S. 198; BLASS 109 f.; BGE 78 II 412/415; 94 II 297/304; s. auch HROMADKA, ZSR 1970 I 122/123.
- 24) HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 55; dazu ausführlich NICKEL-SCHWEIZER 51/52 N. 39.
- 25) Zur Entstehungsgeschichte vgl. vorn § 5 III 3; zudem HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 1; MERTENS 36 N. 3; s. auch OFFINGER 72 ff. (mit Vergleichen zur deutschen Rechtslage).
- 26) Da auch die Sicherungsübereignung diese Funktion erfüllt (oben I 2), stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des Eigentumsvorbehaltes zu der mit Besitzkonstitut verbundenen fiduziarischen Eigentumsübertragung. GRAVENHORST (104, 106 N. 49) vertritt z.B. die These, es handle sich um ein einheitliches Sicherungsrecht, da beide eine Geldforderung durch ein Verwertungsrecht in Gestalt besitzlosen "Eigentums auf Zeit" sicherten. Vgl. dazu DROBNIG, Gutachten F 96; ferner hinten § 31 III und 34 I 2.

Realkredites eines Schuldners, indem bewegliche Vermögenswerte, die im Gewahrsam des Schuldners bleiben, herbeigezogen werden(27). Dennoch ist der Eigentumsvorbehalt ein nur unvollständiger Ersatz der Mobiliarpfandhypothek(28).

2. Unterschiede

a) Beschränkter Anwendungsbereich

Der Hauptunterschied besteht darin, dass der Eigentumsvorbehalt ein Veräußerungsgeschäft voraussetzt. Nur wenn der Veräußerer sich verpflichtet, das Eigentum an einer ihm gehörenden Sache seinem Partner zu übertragen, kann er sich für seine Forderung durch Eigentumsvorbehalt sichern(29). Der Eigentumsvorbehalt ist somit ein typisches Warenkreditsicherungsmittel(30). Auch wenn diese Mobiliarsicherheit theoretisch bei allen Veräußerungsverträgen von beweglichen Sachen denkbar ist, die eine obligatorische Verpflichtung zur Eigentumsübertragung und eine Leistungspflicht des Erwerbers begründen, kommt dem Eigentumsvorbehalt lediglich beim Kreditkauf, insbesondere beim Abzahlungsgeschäft, praktische Bedeutung zu(31). Bei solchen Geschäften kann sich der Verkäufer gegen eine Nichterfüllung seitens des Käufers infolge des Faustpfandprinzips nicht mit einem Pfandrecht an der übergebenen Sache sichern(32). Der Eigentumsvorbehalt böte demnach nur dann vollen Ersatz für die Mobiliarpfandhypothek, wenn diese auf die Sicherung der Kaufpreisforderung eingeschränkt würde(33). Genau dies ist ja aber während der parlamentarischen Beratungen

27) Vgl. HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 84; LIVER, Eigentum 340; KOLLBRUNNER 11; HAFETER 121 ff.; KLEIN 61; PFISTER, ZBJV 1903, 254; MERTENS 36 ff (zu den dogmatischen Auswirkungen der Sicherungsfunktion). OSER (ZSR 1905, 486 f., 521) wollte dem Vorbehaltsverkäufer nur die Rechte eines Pfandgläubigers belassen; s. auch die Arbeit von OSTERWIND, Der Eigentumsvorbehalt als besitzloses Pfandrecht (Diss. Göttingen 1941); zudem SIMITIS, AcP 1971, 144/145; DROBNIG, Gutachten F 95 N. 283.

28) SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 520/521; HOFSTETTER 39.

29) HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 32; HAFETER 123; GROSSEN, ZBJV 1958, 356.

30) Vgl. DROBNIG, RabelsZ 1974, 474; HOFSTETTER 35/36; s. auch FROTZ, Gutachten 128 f.; SCHINNERER/AVANCINI II 234/235.

31) HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 39 f.; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 174; HAFETER 123; SIMITIS, AcP 1971, 145.

32) KOLLBRUNNER 10/11.

33) ENGI 129.

geschehen(34). Der Eigentumsvorbehalt stellt demzufolge einen - wie OFTINGER/BAER sich ausdrücken - "vom Gesetzgeber selber gewollten Ersatz für die Mobilienhypothek" dar(35).

b) Rechtsform

Im Unterschied zur Pfandbestellung im allgemeinen, bei der eine fremde Sache verpfändet wird, sichert sich der Gläubiger beim Eigentumsvorbehalt mit seiner eigenen Sache. Der Eigentumsvorbehalt ermöglicht also eine Realsicherung an einer Sache, die dem Schuldner noch gar nicht gehört(36). Auf die weiteren Auswirkungen dieses Unterschiedes zwischen Eigentumsvorbehalt und Pfandrecht(37) ist hier aber nicht einzugehen, da sich in diesem Punkt das Faustpfand und die Mobilienhypothek decken.

B. Umgehung des Verbotes der Mobilienhypothek

1. Kauf- und Rückkaufsgeschäfte

a) Tatbestand

Der Eigentumsvorbehalt besitzt den Vorteil, dass sich die veräußerte Sache im Besitz des Schuldners befindet und diesem zum Gebrauch dienen kann. Die Parteien versuchen deshalb, durch ein Doppelgeschäft zu dem vom Gesetzgeber verpönten Ergebnis einer Mobilienhypothek zu gelangen. Sie schliessen zu diesem Zweck von Anfang an zwei Kaufverträge ab. Mit dem ersten verkauft der Schuldner dem Gläubiger gegen Barzahlung eine in seinem Besitz befindliche Sache und kauft diese sofort unter einem zur Sicherung des vom Gläubiger kreditierten Rückkaufpreises errichteten Eigentumsvorbehalt zurück. Der vom Erwerber dem Veräußerer und Rückkäufer gewährte Kredit soll also mit einem Eigentumsvorbehalt gesichert werden. Die Transaktion verfolgt demnach

34) Vorn § 5 III 4 a bei N. 85 ff.

35) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 174; ferner DROBNIG, CNUDCI 20. Dabei ist zu beachten, dass die Zahl der Teilzahlungsverträge zugunsten der Kleinkreditverträge abnimmt (BB1 1978 II 503).

36) KOLLBRUNNER 1; HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 88, 91.

37) Vgl. dazu OSER, ZSR 1905, 483 ff.; HAFETER 123/124; LEEMANN, Art. 715 N. 4; s. auch hinten § 31 III und 34 I.

gar keinen andern Zweck als die Pfandbestellung ohne Besitzübertragung (38).

b) Sanktion

Das beschriebene Rechtsgeschäft ist ungültig(39); es liegt eine Gesetzesumgehung vor(40). Umgangene Verbotsnorm ist Art. 884 I,III ZGB, während Art. 715 ZGB die das Rechtsgeschäft angeblich legitimierende Umgehungsnorm und die Regelung des Kaufrechts die Hilfsnormen der Umgehung darstellen(41). Ueberdies ist zu beachten, dass die Nichtigkeit infolge Gesetzesumgehung richtigerweis nicht mit dem Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 II ZGB begründet werden kann(42).

2. Ausdehnung auf allgemeine obligatorische Ansprüche

Der Eigentumsvorbehalt dient ausschliesslich der Sicherung der aus dem Veräusserungsgeschäft herrührenden Forderung(43). Er kann folglich nicht auf andere obligatorische Ansprüche, die ausserhalb des Kausalgeschäftes entstanden sind, ausgedehnt werden(44). Diese Verwendung des Eigentumsvorbehaltes

38) HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 146, Art. 717 N. 62a; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 176 und die dort zitierten Entscheide; LEEMANN, Art. 884 N. 72; HAFFTER 131 ff.; OFTINGER, ArchLR 1938, 133; PFISTER, ZBJV 1903, 257.

39) Vgl. die Nachweise in der vorigen Note, insbes. auch HAFFTER 134.

40) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 177, Art. 884 N. 282; LEEMANN, Art. 884 N. 72. Zur Gesetzesumgehung vgl. auch FROTZ, Gutachten 109 f.; s. demgegenüber die Begründung von HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 62a, Art. 715/716 N. 146. (Betrachtete man die Transaktion als unzulässigen Anwendungsfall des Besitzkonstituts [Art. 717 ZGB; s. dazu OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 177], so wäre das Rechtsgeschäft inter partes gültig [vgl. oben I 4]).

41) Vgl. MERZ, Art. 2 N. 89.

42) Vgl. MERZ, Art. 2 N. 93; ungenau OFTINGER, ArchLR 1938, 133.

43) Oben II A 2 a.

44) HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 87; ferner DROBNIG, CNUDCI 20. MERTENS (40) spricht von der Akzessorietät des Eigentumsvorbehaltes zur Kaufpreisforderung. Zur Erstreckung des Eigentumsvorbehaltes im allgemeinen s. für das deutsche Recht hinten § 29 II 2; für das österreichische Recht hinten § 32 III 2; vgl. überdies zur Verarbeitungsklausel HAAB/ZOBL, Art. 726 N. 55 ff., insbes. N. 57 f.

umgeht wiederum das Verbot der Mobiliarhypothek und ist deshalb unzulässig(45)(46).

3. Problem des nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehaltes

Vereinbaren die Parteien eines Kaufvertrages den Eigentumsvorbehalt erst nach der Uebertragung der Kaufsache, so liegt ein Anwendungsfall des Besitzkonstitutes vor(47). Da das bereits auf den Käufer übertragene Eigentum an den Verkäufer zurückfällt, deutet die herrschende Lehre in Deutschland den nachträglichen Eigentumsvorbehalt als zulässige(48) Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut(49). In der Schweiz wird der nach unbedingter Uebertragung vereinbarte Eigentumsvorbehalt entweder gemäss Art. 717 ZGB(50) oder infolge Verneinung der Konstruktion(51), dass die Parteien den bereits eingetretenen Eigentumsübergang wieder rückgängig machen können(52), als unwirksam betrachtet(53).

-
- 45) Vgl. OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 178; STAEHELIN 57; OFFINGER 133; BGE 56 III 81.
- 46) Die uneigentliche Tradition, deren Zulassung als Mittel der Faustpfandbestellung von den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs erzwungen wurde (vgl. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 32; SCHMID 78; HINDERLING, ZSR 1970 I 162), kann nicht zu den Umgehungsgeschäften gezählt werden (vgl. ausführlich OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 234 ff; s. aber OFFINGER 119 ff.).
- 47) Vgl. STARK, Art. 924 N. 54; HAAB/SCHERRER, Art. 717 N. 63.
- 48) Oben I 3 b N. 14.
- 49) Vgl. SERICK I 92 ff.; REICH, AcP 1969, 248: "Der Funktion nach liegt ein Eigentumsvorbehalt vor, der Form nach eine Sicherungsübereignung."; je mit weiteren Nachweisen. Hiezu ausführlich KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV A 3 c S. 477 ff.; FROTZ, Gutachten 137 f.
- 50) HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 51, Art. 717 N. 63; zur Begründung, es liege eine Umgehung des Faustpfandprinzips vor, s. unten N. 53. Die nachträgliche Registrierung wird allerdings weiterhin als zulässig erachtet; vgl. SJZ 1975, Nr. 166 S. 385.
- 51) Vgl. FROTZ, Gutachten 138.
- 52) Vgl. dazu HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 50, 69; SJZ 1967, Nr. 107 S. 207; zudem LIVER, Eigentum 341 f.; KOLLBRUNNER 8 ff.; MERTENS 193.
- 53) Bei der in Oesterreich geführten Diskussion um die publizitätslose nachträgliche Vorbehaltsvereinbarung lautet die entscheidende Frage, ob der Verkehrsschutz als Zweck des Publizitätsprinzips der dinglichen Sicherungsrechte durch den Eigentumsvorbehalt im ähnlichen Masse bedroht werde wie durch die Sicherungsübereignung ohne Besitzübertragung (KLANG/BYDLINSKI, § 1063 A 3 c S. 478). Infolge der Registerpublizität des schweizerischen Eigentumsvorbehaltes können der österreichischen Kontroverse mithin keine übertragbaren Argumente entnommen werden.

Die Analyse der Umgehungsmöglichkeiten ergibt somit, dass im Bereich der Mobiliarsicherheiten das Faustpfandrecht auch in der Praxis - entsprechend dem Anschein, den die gesetzliche Regelung erweckt (54) - die übliche Form der dinglichen Geldkreditsicherung darstellt.

54) Vorn § 6 III.

§ 10 Funktionen des Faustpfandprinzips

Die Ueberwindung der Alternative, entweder keine Verpfändung oder Hingabe zu Faustpfand(1), ist nur möglich, wenn die dem Faustpfandprinzip zugeordneten Funktionen feststehen. Es ist deshalb unter Beachtung der bereits im historischen Teil gewonnenen Erkenntnisse(2) zu untersuchen, welches die Vorteile des Faustpfandes sind, die den Gesetzgeber so beharrlich am Besitzpfandrecht festhalten liessen.

I. Publizitätsgedanke

A. Legitimationsfunktion des Besitzes

1. Besitz des Pfandgläubigers

Der Besitz ist Kennzeichen der dinglichen Rechte an Mobilien und dient damit dem Publizitätsprinzip(3). Darauf basierend knüpft die Rechtsordnung an

1) Erl II 333; vgl. ferner DROBNIG, CNUDCI 26/27.

2) Vgl. insbes. vorn § 4 II B und 5 III.

3) Vgl. statt vieler: STARK, Vorbem. Art. 930-937 N. 23; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 22 ff.; HAAB, Einl. N. 62 ff.; OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 27; Erl II 20; HINDERLING 406/407; WEBER, Publizitätsprinzip 35 N. 27; KLEIN 59.

Der Besitz als Publizitätsmittel stösst vor allem in Deutschland auf Kritik; vgl. hiezu M.BAUER, Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei Uebereignung von Fahrnis, in: Festschrift für F.W.BOSCH (Bielefeld 1976) 1 ff. und dort die Literaturangaben in N. 2. Bei der Heranziehung deutscher Literatur ist jedoch zu beachten, dass die Aussagekraft des Besitzes für die Rechtszuständigkeit infolge der zulässigen Sicherungsübereignung mit Konstitut und des formlos gültigen Eigentumsvorbehaltes in weit höherem Masse gemindert ist als in der Schweiz (vgl. GMUER 118; SCHMID 76; WACKE 33/34, 77; HROMADKA [JuS 1980, 94] schliesst denn auch daraus, die Publizität, insbes. in der Form des Besitzes, sei kein notwendiges Element eines Sicherungsrechtes an Fahrnis). Für die Schweiz hat WEBER (Publizitätsprinzip 3 ff.) in Abweichung von der herrschenden Lehre das Publizitätsprinzip neu umschrieben. So meint er z.B., das Streben nach Offenkundigkeit als legislativen Zweck des besonders strengen Faustpfandprinzips eliminieren zu können (zusammenfassend 34). FROTZ demgegenüber, der die Indizwirkung des Besitzes ebenfalls in Frage stellt (vgl. FROTZ, Gutgläubiger Erwerb und Rechtsscheinprinzip, in: Festschrift für W.KASTNER [Wien 1972] 131 ff., 154; zitiert nach WACKE, 34 N. 91), spricht sich in seinem Gutachten für die Beibehaltung des Publizitätsprinzips aus (305).

den Besitz die widerlegbare Vermutung, der Besitzer sei Träger desjenigen dinglichen oder persönlichen Rechtes, aus dem er seinen Besitz ableitet (Art. 930 f. ZGB)(4). Für den Pfandbesitz ergibt sich diese Legitimationswirkung aus Art. 931 II ZGB(5). Die Vermutung des eigenen Rechtes des unselbständigen Besitzers nennt HROMADKA(6) die positive Publizität, weil aus dem Besitz des Pfandgläubigers positiv auf sein Pfandrecht geschlossen werden könne(7). Die praktische Bedeutung dieser Rechtsvermutung liegt darin, dass jeder Faustpfandgläubiger, der sich auf sein dem Besitz zugrundeliegendes Recht beruft, nicht das Pfandrecht, sondern nur den Besitz beweisen muss(8).

2. Besitzverlust des Pfandschuldners

a) Anschein der Kreditwürdigkeit

Die dem Faustpfandprinzip zugeordnete Publizitätsfunktion äussert ihre Wirkungen auch im Hinblick auf den Besitzverlust des Schuldners. Blicke der verpfändete Gegenstand beim Schuldner, so könnte dieser sich mit Sachen umgeben, die ihm wirtschaftlich nicht mehr gehören und so den falschen Eindruck der Kreditwürdigkeit erwecken(9). Die herrschende Lehre(10) und Rechtssprechung(11) sehen den Hauptgrund des Faustpfandprinzips denn auch darin, mit der Besitzübertragung eine Vortäuschung der allgemeinen Kreditwürdigkeit zu verhindern. Man darf sich darauf verlassen, dass mit vertraglichen Pfandrechten belastete Sachen nicht im Besitz des Schuldners sind. Mit dem Besitzverlust

4) STARK, Vorbem. Art. 930-937 N. 23, Art. 931 N. 7; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 24; HINDERLING 459; LIVER, Eigentum 311.

5) Vgl. STARK, Art. 931 N. 2 ff.; HINDERLING 460:

6) HROMADKA 10 f., 186; s. vorn § 4 II B 1 c.

7) Die nach der Trennung von Eigentum, Besitz und beschränkten dinglichen Rechten entstandene Lücke in der Uebereinstimmung von Besitz und Eigentum wird zugunsten des gutgläubigen Erwerbers mit einer Fiktion geschlossen (vgl. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 25; HROMADKA 10).

8) STARK, Vorbem. Art. 930-937 N. 23; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 24.

9) Vgl. WEBER, Publizitätsprinzip 33; s. auch DROBNIG, CNUDCI 7.

10) OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 198; LEEMANN, Art. 884 N. 44; HAFFTER 36; TRACHSEL 35, 39; DAENIKER 1; vgl. auch SCHNEIDER/FICK I, Art. 210 N. 2; Sten-BullStR 1906 1349 (hiezv vorn § 5 III 4 a bei N. 88); MARTIN 58.

11) Vgl. insbes. BGE 43 II 22/23; 99 II 37; ZR 1942 Nr. 83 S. 196.

des Schuldners wird demnach der Schluss auf die Pfandfreiheit vermieden. Es liegt also die von HROMADKA(12) als negative Publizität bezeichnete Wirkung der Besitzentziehung vor.

Die Bedeutung der Lösung liegt darin, dass diese die Drittinteressen den Interessen der Beteiligten voranstellt(13). Für die Parteien des Pfandvertrages kann sich gemeinsam das Problem stellen, wie die Besitzübertragung überhaupt technisch durchzuführen ist. Mit OFTINGER/BAER(14) ist deshalb davon auszugehen, dass die Interessen der Parteien und diejenigen der Drittgläubiger auseinandergehen.

b) Geschützter Personenkreis

Bereits aus dem Anliegen, die Vortäuschung einer allgemeinen Kreditwürdigkeit zu vereiteln, ergibt sich, dass Art. 884 I ZGB zukünftige ungesicherte Gläubiger des Verpfänders schützen will. Nur diese gewähren nämlich dem Schuldner in erster Linie Kredit im Vertrauen auf dessen gesamte Vermögenslage, gesicherte Gläubiger dagegen hauptsächlich im Vertrauen auf ihre dingliche Sicherheit(15). Die mit Art. 884 I ZGB bewirkte negative Publizität kann aber sinnvollerweise auch deshalb nur mit dem Personalgläubigerschutz(16) gerechtfertigt werden, weil die Interessen des Erwerbers und des zweiten Pfandnehmers bereits durch das moderne Institut des gutgläubigen Erwerbs geschützt sind(17)(18).

12) HROMADKA 10 f., 58/59, 177 f., 186; DERS., ZSR 1970 I 120; vorn § 4 II B 1 c bei N. 33 f.

13) FROTZ, Gutachten 30; WACKE 77 N. 177; OSER, ZSR 1905, 550: "Nur bezüglich des Mobiliarpfandrechts ist man so weit gegangen, die Interessen dritter Personen denen der Beteiligten voranzustellen [...]. Schliesslich haben [...] die Rechts- und Vermögensverhältnisse einer Person einen Selbstzweck neben dem, als Unterlage für den Kredit zu dienen. Man besinnt sich rechtzeitig, z.B. im ehelichen Güterrecht, im Firmenrecht, darauf, dass ein Rechtsinstitut vorerst auf die Bedürfnisse derer zugeschnitten werden soll, für die es bestimmt ist, und erst in zweiter Linie auf die derer, die ihre Gläubiger werden wollen."

14) OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 200; vgl. auch SIMITIS, AcP 1971, 109; SCHOEN-DORF, ZHR 68 (1910) 498 N. 29.

15) Vgl. HROMADKA 24 N. 97 f.

16) Vgl. WACKE 31, 33 ff., 77 N. 177; zur Terminologie s. vorn § 2 III N. 44.

17) Vorn § 4 II B 2; WEBER, Publizitätsprinzip 34. DROBNIG (Gutachten F 36)

zur deutschen Rechtslage: "Die Interessen [...] potentieller Erwerber des Sicherungsgutes werden hingegen durch Ausmass und Heimlichkeit der besitzlosen Sicherungsrechte offenbar nicht beeinträchtigt. Der stark ausgebauten gesetzlichen Schutz gutgläubiger Erwerber [...] schützt Dritterwerber wohl ausreichend, da Beschwerden von dieser Seite nicht zu hören sind."; vgl. auch KLING/BYDLINSKI, § 1063 IV A 1 S. 451.

- 18) Für den Drittgläubigerschutz, der sich auch klar aus den Materialien ergibt (vorn § 5 III 1 bei N. 51, III 4 a bei N. 88) haben sich ausgesprochen: OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 83, Art. 884 N. 198; HAFFTER 36; BGE 42 II 25, 43 II 22, 99 II 37; ZR 1929 Nr. 57 S. 106. HAFFTER (35) und WIELAND (Art. 884 N. 1) erwähnen zudem den Schutz eines potentiellen zweiten Pfandnehmers als Zweck; s. auch ZR 1923 Nr. 17 S. 39; unklar LEEMANN, Art. 884 N. 42. Vgl. hierzu HROMADKA, ZSR 1970 I 120, 123, 155 f.

c) Kritik

Es ist fraglich, ob der Wille des Gesetzgebers, Drittgläubiger vor Irrtümern über das Vermögen des Pfandgebers zu bewahren, heute noch mit Art. 884 I ZGB erreicht wird. Denn die Argumente, die für das Faustpfandprinzip als Mittel des Blankokreditorenschutzes sprechen, haben sich wesentlich abgeschwächt.

aa) Geminderte Aussagekraft des Besitzes

Dieser Aspekt der Publizität ist nur gerechtfertigt, wenn die Gefahr solcher Fehleinschätzungen aufgrund der Gewahrsamsverhältnisse auch wirklich besteht¹⁹⁾. Die tatsächliche Sachherrschaft verliert indessen in steigendem Masse unverkennbar an Aussagekraft, was die Rechtszuständigkeit der Sache angeht²⁰⁾. Auch ohne besitzlose Sicherungsübereignung²¹⁾ und formlos gültigen Eigentumsvorbehalt verbleiben genügend Möglichkeiten, die die Eigentumsvermutung des Besitzes (Art. 930 I ZGB) durchbrechen und damit ebenfalls geeignet sind, den Verkehr über den greifbaren Vermögensbestand des Gewahrsamshabers zu täuschen²²⁾. Alle Rechtsgeschäfte, die zum Auseinanderfallen von tatsächlicher Sachherrschaft und voller Rechtszuständigkeit führen, können den falschen Schein der Kreditfähigkeit vermögensloser Schuldner erregen²³⁾. Als solche "Gefahrbegründungsfälle"²⁴⁾ sind die Verwahrung, Leihe, Miete,

19) Die folgenden Ausführungen verneinen nicht die Notwendigkeit einer Publizität (s. auch oben I A 1 N. 3 a.E.; zudem hinten § 34 III A); sie sollen vielmehr zeigen, dass die Einführung eines neuen Publizitätsmittels nicht zu einer Umerziehung des Verkehrs in bezug auf die gegenseitige Einschätzung führen würde (vgl. hierzu TRACHSEL 39/40).

20) FROTZ, Gutachten 31; WACKE 33/34; s. auch GROSSEN, ZBJV 1958, 355; UNIDROIT 248; WIEGAND 305.

21) Vorn § 9 I 3 b.

22) FROTZ, Gutachten 111; WACKE 34 N. 91.

23) FROTZ, Gutachten 110/111; s. bereits ADAMS 47.

24) FROTZ, Gutachten 111. Vgl. auch OSER (ZSR 1905, 550) zum publizitätslos gültigen Eigentumsvorbehalt: "Warum wird aber wohl das Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum in Gestalt des Abzahlungsgeschäftes mit Eigentumsvorbehalt als anfechtbarer erachtet als bei Nutzniessung, Sachmiete, Hinterlegung usw.? Niemand kommt es in den Sinn, im Interesse der Verkehrssicherheit die Abschaffung der Miete, des Darlehens usw. zu verlangen."

Kommission, Leasing und jede Uebereignung durch Besitzkonstitut(25) zu nennen(26).

Die geminderte Indizwirkung der Innehabung bewirkt, dass die allgemeine Kreditwürdigkeit einer Person heute nicht mehr allein eine Funktion des Besitzes ist(27). Es bedarf keiner eingehenden Rechtstatsachenforschung, um zu erkennen, dass neben den für die Kreditvergabe entscheidenden persönlichen Qualitäten des Kreditnehmers(28) der Besitz eine gänzlich untergeordnete Rolle spielt. Die Aufnahme eines Personalkredites, insbesondere eines Kleinkredites(29), stützt sich überwiegend auf das laufende Einkommen(30). Die Gefahr, dass Gläubiger den Schuldner aufgrund seines äusseren Besitzstandes für kreditwürdig halten und ihm im Vertrauen auf seine scheinbare Zahlungsfähigkeit ungedeckt Kredit gewähren(31) ist deshalb mit Sicherheit

25) Vgl. WEBER, Publizitätsprinzip 33; FROTZ, Gutachten 28.

26) FROTZ, Gutachten 111; KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV a 1 S. 451, WACKE 77 N. 177; GRAVENHORST 98; FREUND 32; überdies HOYER, Verh. des 51. DJT II O 56. Für den Eigentumsvorbehalt gilt indessen die Registerpublizität; vgl. HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 72 ff.

27) Vgl. auch OSER (ZSR 1905, 551) zur Einführung eines publizitätslos gültigen Eigentumsvorbehaltes: "Wenn durch eine dementsprechend geartete Gestaltung des objektiven Rechts auf den Personalkredit, d.h. auf den ungedeckten Kredit, gewisser Personenkreise im Sinne der Einschränkung eingewirkt wird oder der Gläubiger mehr auf moralische Eigenschaften als auf Besitzverhältnisse abzustellen gezwungen wird, so ist das nach meiner Ansicht kein Unglück."

28) Vgl. ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 149/150 (Art. Blankokredit, STRASSER); SCHOLZ 19; ferner die bei WACKE (34 N. 92) angeführten Werke über Kreditwürdigkeitsprüfung und die empirische Untersuchung von J. HAU-SCHILDT, "Kreditwürdigkeit", Bezugsgrössen und Verwaltungserwartungen in Kreditbeziehungen, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 1972, 167 ff.

29) Vgl. dazu BB1 1978 II 501.

30) Vgl. ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 374/375 (Art. Kleinkredit, HINTERKIRCHER); s. auch FROTZ (Gutachten 20 N. 23) zur Praxis der österreichischen Banken.

31) So OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 198; vgl. hiezu WEBER, Publizitätsprinzip 33 N. 23: "Jeder Gläubiger, der im Vertrauen auf den vom schuldenrischen Besitz ausgehenden Rechtsschein Blanko-Kredite gewährte, müsste sich doch bewusst sein, dass das jeder andere beliebige Gläubiger auch tun könnte und dass damit [...] die Haftungssubstanz aus dem hinter dem Besitz stehenden Recht des Schuldners illusorisch würde. Die Behauptung, der blosse Besitz bewirke den Anschein von Kreditwürdigkeit, führt sich somit selber ad absurdum: Je mehr sie stimmt, desto eher kommen die Gläubiger zu Schaden - also kann sie nicht stimmen..."

geringer einzuschätzen als vor Beginn des industriellen Zeitalters(32) (33).

bb) Risiko des ungedeckten Kredites

Die zur Rechtfertigung des Faustpfandprinzips herangezogene Funktion des Drittgläubigerschutzes versagt bei der Realisierung blosser Geldforderungen. Der Gläubiger, der im Vertrauen auf bestimmte, unbelastet vorgefundene Vermögenswerte dem Schuldner Kredit gewährt, ist nicht davor geschützt, dass dieser anschliessend sein gesamtes Vermögen verpfändet oder veräussert und ihm damit die Haftungsgrundlage entzieht(34). Das Vertrauen auf den Rechtschein des Besitzes(35) bleibt im Vollstreckungsverfahren ungeschützt; es gibt hier keinen gutgläubigen Erwerb. Nur das wahre Schuldnervermögen haftet dem ungesicherten Gläubiger(36). Die Gewährung eines Blankokredites geschieht also stets auf eigenes Risiko(37).

cc) Gefährdung durch den Gläubiger

Mit dem Besitzverlust hat man überdies nur die eine Seite des Problems gelöst(38). Denn infolge des Besitzerwerbes des Pfandgläubigers ist die gleiche trügerische Kreditbasis nunmehr auf seiner Seite gegeben(39). Theoretisch stopft das Faustpfandprinzip damit nur ein Loch, indem es ein neues aufreisst(40).

32) FROTZ, Gutachten 31; WACKE 35.

33) Das Faustpfandprinzip ist zudem nicht folgerichtig. Die negative Publizität trifft bereits nicht voll zu, wenn Verpfänder und Schuldner verschiedene Personen sind, ebensowenig bei der zulässigen Einräumung des Mitbesitzes (Art. 884 III ZGB; dazu OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 247 ff.); vgl. GRAVENHORST 98; gl.M. wohl auch WEBER, Publizitätsprinzip 32.

34) HROMADKA 189; WACKE 34/35; ADAMS 53.

35) Oben I A 1.

36) WACKE 34; vgl. demgegenüber die Ausführungen zur "reputed ownership clause" in § 19 IV 3.

37) WACKE 77 N. 177; DERS., JZ 1975, 542/543; WEBER, Publizitätsprinzip 33 N. 23. - Bezeichnenderweise begründen die auf Kleinkredite spezialisierten Institute ihre hohen Zinssätze u.a. mit erhöhten Risiken (s. BBl 1978 II 501; nachstehend III 1).

38) GRAVENHORST 98.

39) WACKE, JZ 1975, 542.

40) HROMADKA 52; kritisch WEISWEILER 6.

Das Faustpfandprinzip kann ja die Funktion des Drittgläubigerschutzes nur dann vollumfänglich erfüllen, wenn die Gefahr der Irreführung ungesicherter Personalgläubiger wirklich nur auf seiten des kreditbedürftigen Schuldners besteht und auf seiten des vermögenden Kreditgebers ausgeschlossen werden kann(41). Ueberspitzt(42) ausgedrückt schützt das Faustpfandprinzip demnach die Gläubiger des einen durch Irreführung der Gläubiger des anderen(43).

B. Spezialitätsprinzip

1. Dogmatik

Das Erfordernis der Besitzübertragung hat zur Folge, dass eine Verpfändung immer nur bezüglich einer speziellen Sache bzw. einer Anzahl bestimmt individualisierter Sachen möglich ist(44). Generalhypotheken, d.h. vertragliche Verpfändungen des ganzen gegenwärtigen und künftigen Vermögens(45), sind unmöglich, da der Schuldner sich nicht seiner gesamten Habe begeben kann. Die gleichsam automatische Beachtung des Spezialitätsprinzips ist mithin eine wichtige Nebenwirkung des Faustpfandprinzips(46).

Das Spezialitätsprinzip dient wiederum dem Gedanken der Offenkundigkeit, indem es die Verpfändung auf äusserlich überschaubare Gegenstände beschränkt (47).

2. Praxis

Die von den Kreditinstituten verwendeten Pfandvertragsformulare um-

41) Vorn § 4 II A 1 bei N. 17.

42) Ueberspitzt deshalb, weil im praktischen Ergebnis doch ein Schritt vorwärts gewonnen ist (s. WACKE, JZ 1975, 542; WEISWEILER 6).

43) Vgl. GRAVENHORST 98. Das Interesse des Pfandschuldners wird hingegen nicht tangiert, da dieser den Gegenwert als Sicherheit hat (GRAVENHORST 101).

44) Vgl. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 34; OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 18.

45) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 20; HROMADKA 46; DERS., ZSR 1970 I 130; vorn § 2 II 2 a bei N. 29.

46) WACKE 64 N. 151; TRACHSEL 40 f.; HROMADKA 50; WEISWEILER 6.

47) Vgl. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 27; WIEGAND 288/289, 305; TRACHSEL 40; FROTZ, Gutachten 50 f.

schreiben den Pfandgegenstand nur sehr global(48). Das Pfandrecht entsteht zwar auch bei einer Generalpfandklausel erst mit der Besitzerlangung durch die Bank(49). Dennoch stellt sich die Frage, ob damit die Prinzipien der Spezialität und Publizität gewahrt bleiben. WIEGAND verneint dies mit dem Hinweis auf die Surrogationsklausel(50) und den fehlenden Willen der Bank, im Zeitpunkt der Besitzübertragung den bestimmten Gegenstand in Erfüllung des Pfandvertrages als Pfand in Besitz zu nehmen(51).

II. Sicherung des Gläubigers

Neben dem Schutz vor Fehleinschätzungen der Kreditwürdigkeit will das Faustpfandprinzip verunmöglichen, dass der Schuldner weiterhin über das Pfand verfügen und das Pfandrecht des Gläubigers illusorisch machen kann(52). Ein unredlicher Schuldner könnte sich beim besitzlosen Pfandrecht den vom Besitz bewirkten Anschein eines unbelasteten Verfügungsrechts insbesondere zur Veräußerung des Pfandobjektes zunutze machen. Vom Standpunkt des Publizitätsprinzips aus ist das weiter nicht schlimm, da gutgläubige Dritte durch eine unredliche Verfügung des Schuldners nur zu Schaden kommen können, wenn sie ihrerseits Leistungen erbringen, ohne sich den Besitz des bereits belasteten Gegenstandes übertragen zu lassen(53). Sie haben dann gegen den Schuldner lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Vertragserfüllung und müssen - wie jeder andere Vertragspartner auch - das Risiko eines unredlichen Verhaltens der Gegenpartei tragen(54). Der von der herrschenden Lehre(55) als ratio des Faustpfandprinzips anerkannte, vom Publizitätsgedanken zu

48) Vgl. WIEGAND 302; OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 35, 98, 183.

49) OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 37; ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 283/284 (Art. Generalpfandklausel, FREY).

50) Vgl. auch OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 29.

51) WIEGAND 303 f., insbes. N. 72.

52) OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 199; LEEMANN, Art. 884 N. 42 f.; WIELAND, Art. 884 N. 1, 5; HAFFTER 37, 40; SCHMID 62; WEBER, Publizitätsprinzip 34/35; BGE 99 II 37; ferner DROBNIG, CNUDCI 7 und bereits DEMELIUS 156, 158/159.

53) Vgl. oben I A 2 b bei N. 16 f.

54) WEBER, Publizitätsprinzip 34.

55) Vgl. die Nachweise in N. 52.

trennende Schutz des Gläubigers ist demnach nichts anderes als das Erhaltungs- oder Bewahrungsinteresse des Berechtigten, einen Rechtsverlust durch treuwidrige Verfügungen an gutgläubige Dritte zu vermeiden(56).

Diese Begründung macht deutlich, dass das Faustpfandprinzip in all den Fällen, in denen der Gläubiger seinem Schuldner an sich vertraut und sich nur gegen unerwartete und unverschuldete Vermögenseinbussen des Schuldners sichern will, in seinen Wirkungen über das Ziel hinausschiesst(57). Der Gläubigerschutz rechtfertigt die Beibehaltung des Faustpfandrechtes als der ausschliesslichen Pfandbestellungsform nicht. Da es sich bei dieser Funktion des Faustpfandprinzips um eine Aufgabe im Interesse des einzelnen Gläubigers handelt, kann es ihm überlassen werden, für welche Form er sich entscheiden will. Es genügt, das Faustpfandrecht als Wahlmöglichkeit neben dem besitzlosen Pfandrecht zuzulassen(58). Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der besitzlosen Mobiliarsicherheit kann der Pfandgläubiger somit auf den vom unmittelbaren Besitz vermittelten zusätzlichen Schutz verzichten und die Vertrauenswürdigkeit des Verpfänders selbst abschätzen(59). Belässt er die Sache dem Schuldner, so nimmt er die mit der betreffenden besitzlosen dinglichen Sicherheit verbundenen Gefahren freiwillig in Kauf(60).

III. Schuldnerschutz

1. Gefahren des Konsumkredites

Aus den Materialien ergibt sich, dass das Faustpfandprinzip eingeführt wurde, um die Kreditaufnahme gegen Verpfändung von Mobilien zu beschränken(61).

56) Vgl. WACKE 31, 43.

57) HROMADKA 182/183; HOFSTETTER 14/15; FROTZ, Fortbildung 323.

58) Vgl. HROMADKA 189; HEUSLER, Verh. des schweiz. Juristenvereins vom 22. Sept. 1865, ZSR 1867, 63/64; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 499; EHRIG 42; D.ROTHOEFT, Zur Bedeutung und Tragweite des Prinzips der Publizität im Vollstreckungsrecht, Recht und Staat Heft 323/324 (Tübingen 1966) 17/18, 42.

59) Vgl. aber WEBER, Publizitätsprinzip 34: "Ein solches Pfandrecht ist weniger wert, weil es zum Vertrauen in die Person des Schuldners zurückführt, von der man durch die Bestellung einer Realsicherheit [...] abstrahieren wollte." Vgl. ferner hinten § 24 II B 2 a und 37 II A 1.

60) Vgl. WACKE 78/79; DERS., JZ 1975, 542; s. auch vorn § 2 III.

61) Vorn § 5 III 2 bei N. 64.

Diese Beschränkung schliesst einen grossen Kreis von Sachen von der Verwertung als Pfandobjekte aus und führt zu deren Entwertung(62). Der Gesetzgeber wollte indessen bewusst den einfachen Personalkredit zu Lasten des durch Fahnris gesicherten Realkredites fördern, weil er der Ansicht war, es lasse sich auf diese Weise eine Ueberschuldung des Schuldners vermeiden(63).

Die Erschwerung des Mobiliarkredites hat nicht überall den gewünschten Erfolg gehabt; dies geht deutlich aus der Revisionsvorlage für ein Konsumkreditgesetz hervor(64). Das Konsumkreditbedürfnis wird heute vorwiegend in Form des Kleinkredites befriedigt(65). Das vorrangige Motiv, die Diskrepanz zwischen den vorhandenen Bedürfnissen und den verfügbaren Mitteln zu überbrücken, birgt die Gefahr einer Ueberschätzung der eigenen Leistungsfähigkeit in sich, die zur Kettenverschuldung führt(66). Diese Risiken wirken sodann auf die Kreditbedingungen zurück, indem sich die Kreditgeber durch entsprechende Risikozuschläge gegen Verluste absichern(67). Wie die Botschaft feststellt, liessen sich selbst für die radikale Lösung, den Bürger auch gegen seinen Willen gegen die Machenschaften profitgieriger Anbieter und gegen seine eigene Unvernunft in Schutz zu nehmen, gute Gründe anführen(68). Die Entwicklung des Konsumkredites zeigt somit, dass die Erschwerung des Mobiliarkredites, die im Faustpfandprinzip liegt, den kapitalschwachen Schuldner(69) nicht vor einer Ueberschuldung schützt(70).

62) Vgl. WEBER, Publizitätsprinzip 35 bei N. 25; WEISWEILER 7.

63) Vorn § 5 III 4 a bei N. 89; HROMADKA, ZSR 1970 I 153; BENOEHR, AcP 1978, 390.

64) Vgl. dazu die Botschaft in BBl 1978 II 486 ff.; B. STAUDER, Grundfragen einer Reform des Konsumkreditrechts, SJZ 1979, 289 ff.; GIGER, ZBJV 1980, 199 ff. und das dort aufgeführte Schrifttum.

65) Vgl. die Mitteilung in der NZZ Nr. 39 (16/17. Februar 1980) S. 51, wonach im Jahre 1979 die Kleinkreditinstitute im Kanton Zürich mit 95 567 Verträgen Darlehen von insgesamt 872 Millionen Franken gewährt haben, was einer Steigerung von 15 % gegenüber dem Vorjahr entspricht. Die Zahl der finanzierten Abzahlungskaufverträge betrug demgegenüber nur 14 562 im Werte von 64 Millionen Franken. Vgl. zudem die Zahlen in BBl 1978 II 502/503 f.

66) Vgl. BBl 1978 II 489.

67) Vgl. BBl 1978 II 489. Die Mehrzahl der Darleiher berechnet ihren Kunden 14 % im Jahr für Zinsen und Kosten (NZZ Nr. 39 S. 51).

68) BBl 1978 II 514; vgl. bereits SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 496/497; kritisch aber GIGER, ZBJV 1980, 205, 220/221.

69) Vgl. BBl 1978 II 489

70) Vgl. auch SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 497/498; zudem GROSSEN, ZBJV 1958, 355.

2. Uebereilungsschutz

Die Schilderung dieser infolge von Änderungen im Konsumverhalten breiter Bevölkerungsschichten entstandenen, vom historischen Gesetzgeber nicht vorausgesehenen wirtschaftlichen Verhältnisse darf indessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Besitzübertragung im Rahmen des Mobiliarkredites nach wie vor die Aufgabe hat, den Schuldner vor übereilten, leichtsinnigen Verpfändungen zu schützen(71). Mit der Uebergabe wird dem Verpfänder deutlich eingeschärft, welchen Nachteil er sich mit der Besitzaufgabe zufügt(72). Dem Gedanken des Uebereilungsschutzes kann jedoch jede Formvorschrift dienen(73). Betrachtet man die im Rahmen des Konsumkreditrechts vorgeschlagenen Schutzbestimmungen, so fällt denn auch auf, dass neben verschiedenen anderen Normen die Formerfordernisse den Kreditinteressenten vor unüberlegt eingegangenen Verpflichtungen schützen sollen(74).

71) Vgl. WACKE 87/88; zudem BENOHR, AcP 1978, 394. ENGI 139: "Einer auf Realkredit basierenden Ueberschuldungsmöglichkeit ist darin [so wörtlich] auf alle Fälle der Riegel geschoben worden." HROMADKA (ZSR 1970 I 155) dagegen verneint die Aufgabe des Ueberschuldungsschutzes mit der Begründung, heutigen Anschauungen entspreche ein solcher Schutz jedenfalls nicht.

72) WACKE 88, 91.

73) Vgl. FROTZ, Fortbildung 328/329; DROBNIG, CNUDCI 47.

74) Vgl. BB1 1978 II 569; GIGER, ZBJV 1980, 215 f.

Dritter Teil: VERTRAGLICHE BESITZLOSE PFANDRECHTE IN AUSLAENDISCHEN RECHTSORDNUNGEN

§ 11 Gegenstand der Untersuchung

Der auslandsrechtliche(1) Teil dieser Arbeit dient nicht der Gesamtdarstellung der besitzlosen Mobiliarsicherheiten in den verschiedenen Ländern. Um den Gegenstand der Untersuchung klar abzugrenzen, ist das Recht der Sicherungsgeschäfte systematisch zu gliedern.

I. Mobiliarsicherheiten

Die Darstellung umfasst die Kreditsicherungsformen an beweglichen Sachen. Nicht behandelt werden demnach die Realsicherheiten an Immobilien und Rechten(2). Einzig bei der Behandlung der Unternehmenshypothek werden auch unkörperliche Gegenstände als Belastungsobjekt miterfasst(3). Allgemein kann aber festgehalten werden, dass das Sicherungsrecht an Rechten in den meisten Rechtsordnungen der für das Sicherungsrecht an Sachen geltenden Regelung nachgebildet worden ist(4).

Innerhalb der Fahrnisgegenstände werden zudem die Schiffe, Luftfahrzeuge und Eisenbahnen ausgeschieden. Das schweizerische Recht kennt bereits die Schiffs- und Luftfahrzeugverschreibung(5). Ueberdies sind die dinglichen Rechte an diesen Transportmitteln Gegenstand internationaler Abkommen, denen auch die Schweiz beigetreten ist(6), so dass die Darstellung der entsprechenden

1) Zur Auslandsrechtskunde vgl. CONSTANTINESCO, Rechtsvergleichung, Bd. II (Köln/Berlin/Bonn/München 1972) 139 ff.

2) Vgl. die Systematik bei SCHOLZ 28.

3) Vgl. FARGEAUD Nr. 2; EHRIG 133 N. 2; KAY 25; TER MEULEN 112 f.; DROBNIG, Gutachten F 83.

4) SIMITIS, AcP 1971, 146; zudem DROBNIG, Gutachten F 14. Vgl. auch Art. 899 II ZGB; hiezu OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 9; Art. 899 N. 107 ff.

5) Vgl. vorn § 8.

6) Zum Genfer Abkommen über die internationale Anerkennung von Rechten an Luftfahrzeugen (publiziert in AS 1960 1267 ff.) s. GROSS 11 ff.; GULDIMANN, SJZ 1961, 181 N. 4. Für die Schiffe s. BB1 1970 II 1262 ff.; vgl. zudem vorn § 8 IV C 2 a N. 64.

schweizerischen Gesetze gleichzeitig einen Einblick in die auch für andere Vertragsstaaten geltende Ordnung vermittelt hat(7). Die Spezialregeln über die Sicherheiten an Eisenbahnen schliesslich verfolgen sehr oft überwiegend öffentliche Interessen(8) und sind aus diesem Grund hier nicht zu berücksichtigen.

II. Besitzlose Mobiliarsicherheiten

Die Mobiliarsicherheiten können des weiteren nach dem Kriterium der Besitzaufgabe des Schuldners unterteilt werden(9). Entweder erhält der Gläubiger den Besitz am Sicherungsgegenstand oder die Sache verbleibt im Besitz des Schuldners, bis der Gläubiger sie verwertet(10). Die folgende Darstellung behandelt grundsätzlich nur die hypothekarischen, sogenannten besitzlosen Mobiliarsicherheiten. Der Prototyp der Mobiliarsicherheiten mit Besitzaufgabe, das Faustpfand, wird deshalb nur insoweit berücksichtigt, als die entsprechenden Gesetzesstellen Besonderheiten aufweisen. Wie DROBNIG indessen nachgewiesen hat, sind die Voraussetzungen für die Bestellung und die Wirkungen des weltweit vorkommenden Faustpfandrechtes überall sehr ähnlich(11). Einzig im Hinblick auf die Verwertung sind grössere Unterschiede feststellbar(12).

III. Vertragliche besitzlose Mobiliarsicherheiten

Innerhalb der besitzlosen Mobiliarsicherheiten ist von der Unterscheidung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Sicherungen auszugehen(13). Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf die vertraglich begründeten be-

7) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 5, 106; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 13 N. 38; GOODE, ICLQ 1974, 251 N. 47; FROTZ, Gutachten 15; SOERGEL/AUGUSTIN, Einl. vor § 1204 N. 11(e).

8) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 119 ff., insbes. 123; s. auch vorn § 6 I 2 c.

9) DROBNIG, CNUDCI 7.

10) Vgl. DROBNIG, ZfRV 1972, 130; DERS., Gutachten F 14; zudem OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 33.

11) DROBNIG, CNUDCI 16.

12) DROBNIG, CNUDCI 16: "L'interêt et l'utilité d'une analyse comparative des sûretés avec dépossession seraient donc minimes."

13) DROBNIG, RabelsZ 1974, 471; DERS., CNUDCI 17; vgl. auch FARGEAUD Nr. 2, 151; Etude CNRS 5.

sitzlosen Mobiliarsicherheiten. Namentlich das Spezialprivileg des Verkäufers am Kaufgegenstand wegen des noch ausstehenden Kaufpreises(14), das z.B. im romanischen Rechtskreis von grosser Bedeutung ist(15), überschreitet mit hin das Thema dieser Arbeit(16).

IV. Eigentum - Pfandrecht

Traditionellerweise wird innerhalb der vertraglichen besitzlosen Mobiliarsicherheiten streng zwischen den Pfandrechten und den auf dem Eigentum basierenden Sicherheiten unterschieden(17). Die wichtigsten Formen, in denen das Eigentum eine Sicherungsfunktion erfüllt, sind der Eigentumsvorbehalt (*réserve de propriété*, *reservation of title*)(18), die verschiedenen Kombinationen des Kaufvertrages mit den Elementen der Miete (Mietkaufvertrag, *hire-purchase agreement*, *location-vente*[19]; *leasing*, *crédit-bail*[20]; *location-promesse de vente* und *essai-location*[21]) und die fiduziarische Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut(22). Diese Untersuchung umfasst grundsätzlich nur die besitzlosen Pfandrechte. Verfügt eine Rechtsordnung jedoch über

14) Vgl. dazu DROBNIG, CNUDCI 91, 97 ff.; DERS., ZfRV 1972, 133 f.

15) Etude CNRS 88; GRAVENHORST 31, 107/108; MERTENS 27 ff.; EHRIG 85 ff.; REINECKER/PETEREIT 184; FERID I 655 f. (2 F 386 ff.). Nach DROBNIG (RabelsZ 1974, 471) stand das Verkäuferprivileg dem Ausbau ausreichender vertraglicher Sicherungsrechte zugunsten des Verkäufers im Wege.

16) Vgl. die Kritik an diesem gesetzlichen Pfandrecht mit beschränkter dinglicher Wirkung bei DROBNIG, CNUDCI 103. WEBER (Reform der Mobiliarsicherheiten, NJW 1976, 1607) hält es demgegenüber für immerhin erwägenswert, den Eigentumsvorbehalt ebenso wie die Sicherungsübereignung durch ein gesetzliches Verkäuferpfandrecht zu ersetzen; s. auch FROTZ, Gutachten 18.

17) DROBNIG, RabelsZ 1974, 472; DERS., ZfRV 1972, 131 f.; Etude CNRS 47; dazu die Kritik bei DROBNIG, CNUDCI 10, 13.

18) Vgl. dazu UNIDROIT 52 ff.; s. auch vorn § 9 II A 1.

19) Vgl. UNIDROIT 4 ff.; EHRIG 107 ff.; GRAF LAMSDORFF 338 f.; REISS, AWD 1971, 23; WEHSE, AWD 1972, 608.

20) Hiezu EHRIG 114 ff.; KLEIN 67/68 f.; zudem K.KAEMPF, Eine rechtsvergleichende Untersuchung über das Finanzleasing beweglicher Anlagegüter nach deutschem und französischem Zivilrecht (Diss. Münster 1975). Vgl. aber die Einschränkung zur Funktion der Kreditvermittlung bei SCHLUEP 820.

21) Vgl. GRAVENHORST 39 f.; MERTENS 101 f.; KAY 43 ff.

22) DROBNIG, RabelsZ 1974, 472; DERS., CNUDCI 11; KLEIN 75.

kein besitzloses Fahrnispfandrecht oder beschlagen die den Parteien zur Verfügung gestellten mobiliarhypothekarischen Verpfändungsformen lediglich Randgebiete, so ist jeweils auch auf die Bedeutung des Eigentums als Rechtsgrundlage vertraglich begründeter Mobiliarsicherheiten einzugehen, um nicht ein falsches Bild des betreffenden Kreditsicherungsrechtes zu vermitteln. Das Schwergewicht liegt dabei auf den Sicherungsmitteln des Geldkredites. Der Eigentumsvorbehalt als typische Sicherheit des Warenkredites(23) wird nur entweder im Hinblick auf seine Erstreckungsformen(24) oder insofern berücksichtigt, als seine fehlende Konkursbeständigkeit zur Entwicklung besitzloser Verkäuferpfandrechte geführt hat(25). Die gesetzlichen Besonderheiten des Abzahlungsrechtes werden nicht behandelt(26).

23) Vgl. vorn § 9 II A 2 a bei N. 30, hinten § 33 I 2; s. auch GRAVENHORST 11/12.

24) Dazu hinten § 29 II 2 und 32 III 2.

25) Vgl. SIMITIS, AcP 1971, 106/107; dazu hinten § 25.

26) Vgl. hiezu UNIDROIT 7 ff.; GOODE, ICLQ 1974, 268 ff.

1. Kapitel: VEREINIGTE STAATEN VON AMERIKA

§ 12 Einführung

I. Ausgangslage

Das Kreditsicherungsrecht fällt in den USA unter die Gesetzgebungskompetenz der Einzelstaaten(1). Die Vielzahl der einzelstaatlichen Regelungen führte zu einer Rechtszersplitterung mit den verschiedensten Sicherungsmöglichkeiten(2). Die "National Conference of Commissioners on Uniform State Laws"(3) hat deshalb für das gesamte Handelsrecht einen Mustergesetzesentwurf - den Uniform Commercial Code (UCC) - ausgearbeitet und den Einzelstaaten zur Annahme empfohlen. Der erste gültige Entwurf stammt aus dem Jahre 1952; ihm folgten mehrere weitere Entwürfe, die sich lediglich in Einzelheiten voneinander unterschieden. Der UCC enthält neun grosse Teile, die in der amerikanischen Terminologie Artikel (sections) genannt werden(4). Art. 9 UCC, den mit Ausnahme von Louisiana alle Staaten und Territorien angenommen haben(5), behandelt die Mobiliarsicherheiten.

-
- 1) Vgl. dazu DAVID/GRASMANN, Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart (München/Berlin 1966) 423 ff.; BLUMENWITZ 48; MERTENS 234.
 - 2) CNUDCI, A/CN.9/132 S. 3 f.; GRIESE 186; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 377; RIESENFELD 44; SIMITIS, AcP 1971, 99/100.
 - 3) Vgl. hierzu HENSON 3 f.; WHITE/SUMMERS 3 ff.; MENTSCHIKOFF, The Uniform Commercial Code, RabelsZ 1966, 403; RHEINSTEIN, Länderbericht "United States of America", International Encyclopedia of Comparative Law, volume I, Lieferung U (Tübingen usw. 1976) U 145 ff.; TUCCI, Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti (Milano 1974) 99 ff., insbes. N. 3; KREBS, Das Bulk Transfer Recht in den Vereinigten Staaten (Diss. Bern 1960) 44 ff.; zudem die Nachweise bei EISNER, Eigentumsvorbehalt und Security interest im Handelsverkehr mit den USA, NJW 1967, 1169 N. 13. Nach BLUMENWITZ (50 N. 11) verfolgt die "National Conference" etwa dieselben Ziele wie das Institut für Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom (UNIDROIT) und die EG in Bezug auf die Vereinheitlichung und Harmonisierung des Wirtschaftsrechts innerhalb der Gemeinschaft (s. dazu hinten § 33 II).
 - 4) Vgl. die Uebersicht bei BAILEY 3/4; WHITE/SUMMERS 1/2; MENTSCHIKOFF (zit. N. 3), RabelsZ 1966, 404 ff.; JANDER/KLATTEN, AWD 1973, 181 N. 1.
 - 5) CNUDCI, A/CN.9/132 S. 3; BAILEY 1; HENSON 4; WHITE/SUMMERS 4.

Der folgenden Darstellung liegt die Version aus dem Jahre 1972 mit dem Kommentar des "American Law Institute" und der "Commissioners on Uniform State Laws" (6) zugrunde. Nicht berücksichtigt werden die unterschiedlichen Auslegungen in den verschiedenen Jurisdiktionsbereichen (7) und die in einzelnen Staaten vorgenommenen, unbedeutenden Änderungen gegenüber dem Mustergesetz (8).

II. Ziel des Art. 9 UCC

Art. 9 UCC bezweckt, das Recht der Sicherungsgeschäfte zu vereinfachen und zu vereinheitlichen (9). Alle bisherigen Arten von (besitzlosen) Sicherungsrechten werden in ein einziges allgemeines Sicherungsrecht, das "security interest", integriert. Die frühere Rechtszersplitterung geht deutlich aus § 9-102(2) UCC hervor, wonach der Begriff des Sicherungsinteresses die vier bestehenden Hauptformen der besitzlosen Sicherungsrechte (10), d.h. den Eigentumsvorbehalt (conditional sale) (11), die Mobiliarhypothek (chattel mortgage) (12), die Trust Receipt-Sicherungen (13) und die dingliche Sicherheit des Finanzierers (factor's lien) (14) sowie das Faustpfand (pledge) ersetzt (15). Ausgehend von einer funktionellen Rechtsbetrachtung (16) hat der Code die allen

6) Vgl. dazu ausführlich WHITE/SUMMERS 11 ff. Alle Zitate ohne besondere Benennung des Gesetzes beziehen sich im folgenden stets auf den UCC.

7) Vgl. HENSON 6 ff.; WHITE/SUMMERS 7; BLUMENWITZ 50/51 N. 13; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 377.

8) Vgl. BAILEY 6 f.; HENSON 4 f.; WHITE/SUMMERS 7; SMITH/ROBERSON 998; CROWTHER Report I, 5.1.5 S. 183; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 4.

9) Vgl. UCC, Kommentar zu § 9-101; BAILEY 8; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 4; CROWTHER Report I, 5.1.5 S. 183; TALLON 928; PFETSCH 145; RIESENFELD 45.

10) WHITE/SUMMERS 755 f.; DROBNIG, RabelsZ 1961, 439.

11) Vgl. hierzu BAILEY 46 f.; GRIESE 2 ff.; MERTENS 247 ff.; HOFSTETTER 131 ff.

12) Vgl. BAILEY 44 f.; GRIESE 1 f.; MERTENS 260 ff.; HOFSTETTER 127 ff.; WAHL/BLOMEYER 600 ff.

13) Dazu BAILEY 50 f.; GRIESE 4 ff., 17; HOFSTETTER 138 ff.; DROBNIG, RabelsZ 1961, 438 ff.

14) Vgl. BAILEY 51; GRIESE 10 ff., 17; SIMITIS, AcP 1971, 99; KROHN, AWD 1964, 167.

15) Vgl. zum Ganzen: BAILEY 10, 15; WHITE/SUMMERS 754/755 ff.; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 3; PFETSCH 144; KLEIN 72; KROHN, AWD 1964, 165 ff.; COING, ZfRv 1967, 81; zur früheren Rechtslage s. auch KREBS (zit. N. 3) 28 ff.

16) UCC, Kommentar zu § 9-101; BAILEY 11; WHITE/SUMMERS 756; CROWTHER Report I, 5.2.9 S. 186; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 4 § 8.

überlieferten Sicherungsformen gemeinsamen Grundsätze herausgearbeitet und eine neue Terminologie geschaffen. Die sachenrechtliche Unterscheidung der Rechtsstellung des Sicherungsnehmers (Sicherungseigentümer, Eigentumsvorbehaltsverkäufer, Fahrnishypothekar usw.) spielt für die rechtliche Beurteilung keine Rolle mehr(17). Nach § 9-202 UCC ist es unerheblich, welche der Parteien nach allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen Eigentum an der Sache hat(18). Andererseits bestimmt der Code die Form und Voraussetzungen des Sicherungsrechtes je nach der Funktion der belasteten Gegenstände und dem Zweck des Geschäftes verschieden. So unterscheidet er z.B. die zur Sicherung von Anschaffungskrediten bestellten Rechte (purchase money security interests) von den übrigen Sicherheiten(19).

In vielen Rechtsordnungen können besitzlose Sicherungsrechte nur von bestimmten Personen verwendet werden(20). Der UCC kennt demgegenüber keine Beschränkungen der Parteien des Sicherungsvertrages(21).

III. Sachlicher Anwendungsbereich

§ 9-104 UCC enthält eine Liste der Sicherheiten, die nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 9 UCC fallen(22). Ausgenommen sind u.a. die bundesgesetzlich geregelten Materien wie Schiffs- und im Hinblick auf die Registrierung auch Luftfahrzeughypotheken(23), die Vermieter- und Verpächterpfandrechte und allgemein die gesetzlichen Pfandrechte(24), Sicherungsabtretungen von Lohn-

17) UCC, Kommentar zu § 9-101; KROHN, AWD 1964, 167; DROBNIG, ZFRV 1972, 132.

18) Vgl. UCC, Kommentar zu § 9-202; BAILEY 10, 88 f.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 378; SIMITIS, AcP 1971, 103 bei N. 30. Der Unterschied zwischen "title theory" und "lien theory" (s. hierzu WAHL/BLOMEYER 585; ROMAIN 72 ff.) war bereits vor Erlass des UCC praktisch bedeutungslos (GRIESE 1 N. 4).

19) § 9-107; vgl. PFETSCH 144/145; RIESENFELD 59/60. Die Unterscheidung ist für die Eintragung und die Priorität bei konkurrierenden Sicherungsrechten von Bedeutung (s. hinten § 14 III und 16 II C 2 a bb).

20) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 18 ff.; s. auch vorn § 7 I 1 a und 8 I A 2.

21) CNUDCI, A/CN.9/132 S. 5; GRIESE 187; SIMITIS, AcP 1971, 111.

22) Vgl. dazu ausführlich HENSON 17 f.; BAILEY 19 ff.; WHITE/SUMMERS 773 f.; zudem REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 378/379; JANDER/KLATTEN, AWD 1973, 182.

23) Vgl. BAILEY 20, 130; WHITE/SUMMERS 819; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 13 § 38.

24) WHITE/SUMMERS 757/758; BAILEY 20/21.

und Gehaltserfordernissen, von Ansprüchen aus Versicherungspolissen und Sparkonten, vom Staat bestellte Sicherheiten(25), auf gerichtlicher Entscheidung beruhende Sicherungsrechte, das Recht auf Verrechnung und die Immobiliarpfandrechte. Zu beachten ist indessen, dass das security interest auch an Grundstückszugehör (fixture)(26) bestellt werden kann(27) und dass trotz der Umschreibung der Zugehör in § 9-313(1)(a) die Definition weiterhin dem Recht der Einzelstaaten überlassen bleibt(28). Im übrigen schliesst das security interest alle vertraglich begründeten Ansprüche(29) ein, die sich auf Befriedigung aus beweglichen Sachen und Rechten richten(30).

IV. Konzept der Begründung des Sicherungsrechtes

Die Regelung des UCC beruht auf der Unterscheidung zwischen Entstehung der dinglichen Sicherheit (attachment) und ihrer Perfektion (perfection)(31). Ein formgerecht und unter Beachtung der materiellen Gültigkeitserfordernisse entstandenes Sicherungsrecht entfaltet Wirkungen zwischen den Parteien, aber auch gegenüber ungesicherten Drittgläubigern(32). Hinsichtlich der Wirksamkeit des Sicherungsrechtes kann also nicht streng zwischen Innen- und Aussenverhältnis getrennt werden(33). Richtig ist vielmehr, dass "attachment" grund-

25) Vgl. hiezu UCC, Kommentar 5 zu § 9-104; BAILEY 21/22.

26) Vgl. hiezu BROWN/RAUSHENBUSH 514 ff.; WHITE/SUMMERS 924 ff. Der Begriff "fixture" deckt sich nicht mit dem der Zugehör nach schweizerischem Recht (s. dazu MEIER-HAYOZ, Art. 644/645 N. 7 ff.).

27) § 9-102(1)(a); s. WHITE/SUMMERS 771.

28) BROWN/RAUSHENBUSH 514; HENSON 18, 19; SMITH/ROBERTSON 1101; WHITE/SUMMERS 925 f.; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 21 § 64; MERTENS 55; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 377, 398.

29) § 9-102(2).

30) § 9-102(1)(b); s. WHITE/SUMMERS 788; BAILEY 14, 15; ZIEGLER/SIMITIS, AcP 1971, 113; DROBNIG, RabelsZ 1961, 439/440 ff. Die "contract rights" werden nicht mehr aufgeführt (s. UCC, Kommentar [Appendix] zu § 9-102).

31) Vgl. statt vieler: BAILEY 38.

32) BAILEY 230/231; DROBNIG, RabelsZ 1961, 451; SIMITIS, AcP 1971, 135. - Das Sicherungsrecht ist zudem gegenüber Dritten wirksam, die vom Bestehen desselben Kenntnis haben (s. MERTENS 239 bei N. 19; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 395).

33) BAILEY 114: "A secured party with an attached but unperfected security interest has but limited rights against third persons." Vgl. demgegenüber PFETSCH 146.

sätzlich die Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner bezeichnet(34), während der Begriff der "perfection" auf die Rechtsbeziehungen des Gläubigers zu Dritten abzielt(35). Denn die vollen Drittwirkungen, d.h. die Wirkungen gegenüber Dritten, die dingliche Rechte an den belasteten Gegenständen erwerben und die Konkursbeständigkeit, hängen von der Perfektion des Sicherungsrechtes ab, die bei besitzlosen Rechten vornehmlich durch Registrierung erfolgt(36). Dem amerikanischen Recht ist demnach die Auffassung, dass das Sicherungsrecht, einmal entstanden, als dingliches Recht sowohl unter den Parteien als auch gegenüber Dritten wirksam ist, fremd(37).

34) Vgl. SMITH/ROBERSON 997: "The term 'attachment' [...] is basically synonymous with 'enforceable between the parties'." Zudem UCC, Kommentar (Appendix) zu § 9-204.

35) Vgl. CROWTHER Report II, Appendix III S. 578/579; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 379/380.

36) Vgl. SMITH/ROBERSON 997; BAILEY 298; WHITE/SUMMERS 868; HENSON 161; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 9; DROBNIG, RabelsZ 1961, 444; SIMITIS, AcP 1971, 119.

37) Vgl. WAHL/BLOMEYER 586; SIMITIS, AcP 1971, 122 N. 96.

§ 13 Entstehung des Sicherungsrechtes (attachment)

Das Sicherungsrecht entsteht unter drei Voraussetzungen: es muss eine Einigung (agreement) vorliegen, der Gläubiger hat einen Gegenwert (value) zu leisten, und der Schuldner muss "Rechte" am tauglichen Sicherungsgut (collateral) haben(1).

I. Belastungsobjekt

1. Funktionelle Einteilung

Der Code unterscheidet nach der wirtschaftlichen Funktion der als Sicherheit dienenden Sachen (goods) (2) zwischen Gütern des privaten Gebrauchs (consumer goods), landwirtschaftlichen Erzeugnissen (farm products), Ausrüstungsgegenständen (equipment) und zum Umsatz bestimmten Gütern (inventory) (3). Eine bewegliche Sache kann nicht gleichzeitig unter mehrere Gruppen fallen; entscheidend ist der jeweilige Gebrauch, den der Besitzer von der Sache macht(4). Die Rechte des Sicherungsgläubigers und das bei der Perfektion zu beachtende Verfahren bemessen sich weitgehend nach der Zugehörigkeit der Sache zu der einen oder anderen Gruppe.

a) Güter des privaten Gebrauchs (consumer goods)

Zu den "consumer goods" gehören alle Sachen, die vorwiegend einem persönlichen oder häuslichen Gebrauch dienen oder zu diesem Zweck angeschafft werden(5). Neben den bereits im UCC enthaltenen Schutzvorschriften für den Verbraucher bestehen zahlreiche einzelstaatliche Konsumentenschutzgesetze

1) § 9-203(1); s. BAILEY 82/83; GRIESE 188; PFETSCH 146.

2) Nicht behandelt (s. vorn § 11 I) werden die unkörperlichen Güter (intangibles) und die verbrieften Rechte (semi-intangibles, indispensable papers).

3) § 9-109

4) UCC, Kommentar 2 zu § 9-109; WHITE/SUMMERS 823/824 f.; SMITH/ROBERSON 1000; PFETSCH 148/149.

5) § 9-109(1); vgl. HENSON 72; WHITE/SUMMERS 802/803 f.; SMITH/ROBERSON 999; PFETSCH 148; ferner CROWTHER Report I, 5.7.24 f. S. 211 f.

und der "Uniform Consumer Credit Code"(6), die sich auf das an diesen Gütern bestellte Sicherungsrecht auswirken.

b) Landwirtschaftliche Erzeugnisse (farm products)

Aus der Legaldefinition in § 9-109(3) geht hervor, dass der Begriff "farm products" ungenau ist. Dieser umfasst nämlich nicht nur die bereits gewonnenen Erzeugnisse, sondern auch sämtliches Vieh, das sich im Besitz des landwirtschaftlich tätigen Schuldners befindet(7). Die Produkte eines Landwirtschaftsbetriebes gehören nur solange zu dieser Gruppe von Sicherungsgegenständen, als sie nicht verarbeitet worden sind(8). Auch hier bestehen aus sozialpolitischen Gründen zahlreiche Besonderheiten(9).

c) Ausrüstungsgegenstände (equipment)

Eine Sache ist "equipment", wenn sie dem Gebrauch in einem Geschäft oder Betrieb dient oder von öffentlichen Unternehmen und gemeinnützigen Organisationen verwendet bzw. erworben wird(10). Daneben hat der Begriff auch eine Auffangsfunktion, da er alle Sachen erfasst, die nicht unter eine der drei andern Kategorien fallen(11).

d) Warenbestände (inventory)

Zur Kategorie "inventory" gehören alle Sachen, die zum Verkauf, zur Vermietung, zum Leasing oder zur Lieferung aufgrund eines Werkvertrages bestimmt sind, ferner alle Arten von Rohmaterialien sowie Gegenstände, die im Geschäft oder Betrieb verbraucht werden(12). Die schwierige Abgrenzung zwischen

6) Vgl. BAILEY 9, 70; WHITE/SUMMERS 485 f., 801 f.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 386; ferner BBl 1978 II 525 f.

7) Vgl. GRIESE 188; PFETSCH 151 bei N. 67. Die Begriffsumschreibung bei SIMITIS (AcP 1971, 113) ist zu weit; vgl. HENSON 77.

8) Vgl. im einzelnen UCC, Kommentar 4 zu § 9-109.

9) Vgl. HENSON 83 ff.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 387.

10) § 9-109(2); s. HENSON 77.

11) UCC, Kommentar 5 zu § 9-109; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 386.

12) § 9-109(4); UCC, Kommentar 3 zu § 9-109; SMITH/ROBERSON 1000; HENSON 79/80; GRIESE 188; PFETSCH 151 bei N. 66; SIMITIS, AcP 1971, 113.

equipment und inventory(13) ist von grosser Bedeutung im Hinblick auf die Regeln über den gutgläubigen lastenfreien Erwerb(14).

2. Durchbrechung des Spezialitätsprinzips

Die kurze Darstellung der möglichen Belastungsobjekte zeigt, dass der Code nicht zwischen Sachgesamtheiten und Einzelsachen unterscheidet(15). Das an einer Betriebsausrüstung oder an einem Warenlager mit wechselndem Bestand bestellte security interest ist als einheitliches Sicherungsrecht an der Sachgesamtheit zu verstehen(16). Juristische Kunstgriffe, wie sie die Rechtsordnungen im Rahmen des Faustpfandes geschaffen haben(17), fehlen im UCC(18).

II. Sicherungsvertrag

1. Materielle Gültigkeit

Da Art. 9 alle nicht auf Parteivereinbarung beruhenden Sicherheiten ausschliesst(19), muss ein Vertrag vorliegen(20). Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des anglo-amerikanischen Vertragsrechtes(21) bedarf es dazu der Einigung der Parteien (security agreement) und einer Gegenleistung seitens des Sicherungsnehmers (value). Der Begriff der "value" im Sinne des UCC ist aber nicht identisch mit dem der "consideration" im übrigen Vertragsrecht.

13) Vgl. HENSON 131/132; WHITE/SUMMERS 917/918.

14) Vgl. BAILEY 238; REICHARD KUEHNEL WITTIG GREBNER 386 387; PFETSCH 152/153; hiezu hinten § 16 II C 1 a aa.

15) Vgl. demgegenüber MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 76 ff.

16) Vgl. SMITH/ROBERSON 1004/1005; MERTENS 58; SIMITIS, AcP 1971, 112; DROBNIG, ZfRV 1972, 138.

17) Vgl. WAHL/BLOMEYER 591; zudem vorn § 10 I B.

18) Die weiteren mit der Belastung eines Warenlagers verbundenen Schwierigkeiten, die in der Gestattung der Weiterveräußerung im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb und in der Einbeziehung des Neuerwerbes in das Sicherungsrecht liegen (vgl. WAHL/BLOMEYER 591; DROBNIG, CNUDCI 56), werden in anderem Zusammenhang behandelt (s. nachstehend III 2 b).

19) Vorn § 12 III.

20) CNUDCI, A/CN.9/132 S. 6.

21) Vgl. statt vieler: SMITH/ROBERSON 46 ff.

Er ist insofern weiter, als er auch die Sicherung eines bereits bestehenden Anspruches(22) sowie die sofortige Gewährung oder Zusage eines Kredites umfasst, selbst wenn dieser später nicht geleistet wird oder sich der Gläubiger die Möglichkeit eines Widerrufs vorbehält(23). Die Voraussetzung der Gegenleistung ist somit der Ausgangspunkt für das Verhältnis zwischen Bestellung der Sicherheit und Entstehung der zu sichernden Forderung(24).

Nach § 9-203(1)(c) kann ein security interest nur bestellt werden, wenn der Schuldner "Rechte" am Sicherungsgegenstand hat. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn der Schuldner die Befugnis besitzt, das Sicherungsgut mit dem Sicherungsrecht zu belasten(25).

2. Form des Sicherungsvertrages (security agreement)

Der Vertrag zur Bestellung einer besitzlosen Mobiliarsicherheit muss schriftlich abgefasst, vom Schuldner unterschrieben sein und eine Beschreibung des Sicherungsgutes enthalten(26). Zudem muss sich aus dem Vertrag die Absicht der Parteien ergeben, ein security interest zu begründen(27). Werden Früchte auf dem Halm(28) oder ungefälltes Holz belastet, so hat die Beschreibung der haftenden Sachen auch das Grundstück zu bezeichnen, von dem das Sicherungsgut getrennt werden soll(29). Im übrigen richtet sich die Beschreibung nach den gleichen Kriterien wie die entsprechende Formvorschrift bei der Registrierung(30).

22) Vgl. auch WAHL/BLOMEYER 595.

23) § 9-203(1)(b), § 1-201(44); s. BAILEY 83 ff.; WHITE/SUMMERS 792 f.; GRIESE 188; MERTENS 239 N. 18.

24) Vgl. WAHL/BLOMEYER 594; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 385; SIMITIS, ACP 1971, 117; zudem machstehend III 1.

25) WHITE/SUMMERS 795; BAILEY 86 f.; HENSON 36; MERTENS 239; DROBNIG, RabelsZ 1961, 443.

26) § 9-203(1)(a); s. CNUDCI, A/CN.9/132 S. 6; zudem DROBNIG, CNUDCI 33. Die mündliche Einigung genügt, wenn dem Sicherungsnehmer der Besitz übertragen wird (s. § 9-203[1][a]; HENSON 24; BAILEY 55).

27) Vgl. WHITE/SUMMERS 789/780; BAILEY 60 f. Die Sicherungsabsicht entscheidet darüber, ob z.B. Miete und Kommission ein Sicherungsrecht begründen; vgl. hierzu eingehend HENSON 28 ff.; WHITE/SUMMERS 759 ff.; BAILEY 64 ff.

28) Vgl. hierzu BROWN/RAUSHENBUSH 606 ff.

29) § 9-203(1)(a); s. BAILEY 59.

30) Vgl. § 9-402(1); WHITE/SUMMERS 788; BAILEY 58; dazu hinten § 14 II B 1 a.

III. Inhalt des Sicherungsrechtes

Neben diesen minimalen Gültigkeitsvorschriften sind die Parteien grundsätzlich frei, den Inhalt des Sicherungsrechtes vertraglich auszuhandeln(31).

1. Erstreckung der Forderung

Im Sicherungsvertrag kann vereinbart werden, dass das Sicherungsgut für alle Forderungen haften soll, die sich aus den zwischen Sicherungsgeber und -nehmer bestehenden oder künftigen Rechtsverhältnissen ergeben werden(32). Die Gültigkeit dieser "future advance clause" ist in § 9-204(3) ausdrücklich anerkannt(33). Die Höhe und der Zeitpunkt der Leistungen, aus denen die Forderungen hervorgehen, brauchen nicht bestimmt zu werden. Es genügt, wenn sich der Sicherungsvertrag allgemein auf die künftigen Forderungen bezieht(34). Von grösster Bedeutung ist, dass sich der Rang des Sicherungsrechtes nicht nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Forderung, sondern nach dem der Bestellung und Perfektion des security interest bemisst(35).

2. Erstreckung des Sicherungsgutes

a) Gesetzlich

Der Code erstreckt das Sicherungsrecht auf den Erlös (proceeds) des Sicherungsgutes(36). Das Sicherungsrecht erfasst, auch ohne ausdrückliche Vertragsbestimmung(37), alle Gegenstände, die der Schuldner anstelle des ursprünglichen Belastungsobjektes durch Kauf, Tausch oder sonstige Verfügung

31) Vgl. BAILEY 66 ff.; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 7.

32) Dass das Sicherungsrecht nicht nur für neue Forderungen, sondern auch für alte, d.h. aus früheren Rechtsgeschäften der Parteien herrührende Forderungen bestellt werden kann (KROHN, AWD 1964, 170; DROBNIG, RabelsZ 1961, 440), ergibt sich aus der Darstellung der "value" (s. oben II 1 bei N. 22).

33) Vgl. HENSON 98/99; BAILEY 74 ff.; DROBNIG, CNUDCI 51.

34) CNUDCI, A/CN.9/132 S. 7; vgl. die bei REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER (384) wiedergegebene Musterklausel; dazu UCC, Kommentar 5 zu § 9-204.

35) Vgl. CNUDCI, A/CN.9/132 S. 7; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 383, 385.

36) § 9-203(3); s. CNUDCI, A/CN.9/132 S. 22; RIESENFELD 61.

37) UCC, Kommentar (Appendix) zu § 9-306; BAILEY 62. - Die konkursrechtliche Wirksamkeit der Erstreckung ist allerdings infolge der bundesstaatlichen Kompetenzenverteilung unsicher (s. DROBNIG, Gutachten F 72 mit Beleg in N. 224). Zu den Verlängerungsformen im deutschen Recht s. hinten § 30 IV 3 a.

erworben hat, solange der Erlös noch identifizierbar ist(38). Die dingliche Surrogation(39) erfasst neben der Forderung auf Versicherungsleistung(40) insbesondere auch die durch den Verkauf begründete Preisforderung(41).

b) Vertraglich

Die Parteien können vertraglich vereinbaren, dass jegliche Sachen, die der Sicherungsgeber künftig erwirbt, wie etwa seine künftigen Warenbestände (42), dem Sicherungsrecht des Gläubigers unterworfen sind(43). Mit der "after acquired property clause" kann also erst in Zukunft entstehendes Vermögen haftbar gemacht werden. Ausgeschlossen sind aus Gründen des Schuldnerschutzes die Konsumgüter(44), falls sie nicht mit andern haftenden Sachen verbunden werden oder der Sicherungsgeber das zusätzliche Sicherungsgut nicht innerhalb von 10 Tagen nach der Gewährung des Kredites erwirbt(45).

Mit der Erstreckung der sicherungsfähigen Forderung auf bereits bestehende und künftige Ansprüche sowie des Sicherungsgutes auf das bereits erworbene und das noch zu erwerbende Vermögen hat der UCC den Grundsatz der Einzelsicherung aufgegeben(46). Das security interest stellt mithin ein globales Sicherungsmittel, eine sogenannte "floating lien"(47), dar.

38) § 9-306(2); s. HENSON 122 ff.; WHITE/SUMMERS 883; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 385.

39) Vgl. PFETSCH 162.

40) Vgl. § 9-306(1); s. dazu HENSON 147 ff.

41) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 52 f.; SIMITIS, AcP 1971, 132/133; s. aber auch oben N. 37.

42) Vgl. hiezu CNUDCI, A/CN.9/132 S. 23 § 71.

43) § 9-204(1); vgl. WHITE/SUMMERS 793; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 8; DROBNIG, CNUDCI 54/55; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 383; KROHN, AWD 1964, 169/170.

44) Zum Begriff s. oben I 1 a.

45) § 9-204(2); dazu BAILEY 74; UCC, Kommentar 4 zu § 9-204; GRIESE 189; SIMITIS, AcP 1971, 114/115 N. 71.

46) UCC, Kommentar 2 und 5 zu § 9-204; GOODE, ICLQ 1974, 265; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 8; TALLON 928/929; MERTENS 60; SIMITIS, AcP 1971, 105; DROBNIG, RablesZ 1961, 441; DERS., ZfRV 1972, 138.

47) Zur englischen Globalsicherheit in Form der "floating charge" s. hinten § 20.

§ 14 Perfektion des Sicherungsrechtes (perfection)

I. Ueberblick

Begnügt sich der Sicherungsnehmer mit einem formgerecht und unter Beachtung der materiellen Gültigkeitserfordernisse(1) bestellten Sicherungsrecht, so ist dieses grundsätzlich "unvollendet" (unperfected)(2). Im allgemeinen ist der Bestand des Rechtes gegenüber künftigen Erwerbern und Sicherungsgläubigern(3) oder im Schuldnerkonkurs von der Vornahme besonderer Handlungen abhängig, die das Sicherungsrecht für aussenstehende Dritte erkennbar machen(4). Je nach der Art des Sicherungsgutes(5) erfolgt die Ersichtlichmachung entweder durch Uebertragung des Besitzes an den Sicherungsnehmer(6) oder durch Eintragung des Sicherungsrechtes in ein Register(7). Für bewegliche Sachen stehen weitgehend beide Wege offen(8). Daneben besteht für einzelne Sicherungsgegenstände eine automatische, d.h. mit Vertragsabschluss eintretende Perfektion(9).

II. Perfektion durch Offenlegung des Sicherungsrechtes

A. Besitzübertragung

Mit der Uebertragung des Besitzes am Sicherungsgut vom Sicherungsschuldner auf den -gläubiger erlangt das Recht volle Wirksamkeit(10). Es entsteht

1) Vorn § 13 II.

2) Vgl. § 9-303(1); CNUDCI, A/CN.9/132 S. 9; TALLON 929.

3) Vorn § 12 IV bei N. 36.

4) HENSON 35; WHITE/SUMMERS 196 f.; BAILEY 114 ff.; GRIESE 190; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 388; PFETSCH 146.

5) Vgl. die Uebersicht bei BAILEY 141.

6) § 9-302(1)(a) und 9-305.

7) § 9-302(1).

8) Vgl. BAILEY 129. - Nicht behandelt wird die Staats- oder Bundesgesetzgebung, die eine Eintragung der Belastung in bestimmte Zertifikate verlangt, wie z.B. bei Automobilen (s. hiezu BAILEY 131 f.; DROBNIG, CNUDCI 112).

9) § 9-302(1)(d).

10) § 9-305; s. HENSON 60 ff.; WHITE/SUMMERS 814 ff.; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 9/10; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 389.

ohne Einhaltung besonderer formaler Anforderungen(11) ein Faustpfand- (pledge) oder ein anderes Sicherungsrecht mit Besitzaufgabe (possessory security interest)(12). Der Besitz gilt als ein der Registrierung gleichwertiges Publizitätsmittel(13). Wann eine zur Perfektion genügende Besitzübertragung vorliegt, beurteilt sich deshalb nach dem Publizitätszweck der Tradition(14). Die Besitzanweisung lässt den Besitz auf den Sicherungsnehmer übergehen, sobald der Dritte (bailee) vom Bestehen des Sicherungsrechtes Kenntnis erhalten hat(15). Die Anforderungen an die Besitzübertragung, die sich noch heute zum Teil nach common law richten(16), stimmen im wesentlichen mit den entsprechenden Regeln des schweizerischen Rechts überein(17). Dies erklärt sich daraus, dass auch das ZGB den Publizitätsgedanken als wichtigste Motivierung des Faustpfandprinzips betrachtet(18).

B. Registrierung

Die übliche Form der Perfektion ist die Registrierung. Die Eintragung ist grundsätzlich(19) Prioritätsvoraussetzung gegenüber den gesicherten Gläubigern und Bedingung für die konkursrechtliche Wirksamkeit des Sicherungsrechtes(20).

1. Finanzierungsanzeige (financing statement)

a) Formale Erfordernisse

Nach dem Code genügt zur Registrierung die Einreichung(21) einer vom

- 11) Der Sicherungsvertrag kann gemäss § 9-203(1)(a) mündlich geschlossen werden (s. vorn § 13 II 2 N. 26).
- 12) BAILEY 125.
- 13) Vgl. DROBNIG, RabelsZ 1961, 445 N. 183.
- 14) Vgl. BROWN/RAUSHENBUSH 471; WHITE/SUMMERS 816.
- 15) § 9-305; vgl. BAILEY 126 ff.; UCC, Kommentar 2 zu § 9-305. Zur früheren Rechtslage s. WAHL/BLOMEYER 602.
- 16) UCC, Kommentar 6 zu § 9-205; BROWN/RAUSHENBUSH 469 ff.
- 17) Vgl. WAHL/BLOMEYER 599: "Der Besitz des Gläubigers muss dem Publizitätszweck entsprechend 'complete, unequivocal and exclusive' sein."
- 18) Dazu vorn § 10 I A 2; zudem § 11 II bei N. 11 f.
- 19) Zur Ausnahme s. unten III.
- 20) Oben I bei N. 3 f.
- 21) Das Sicherungsrecht gilt als eingetragen, wenn die Anzeige mit der Gebühr bei der zuständigen Eintragungsbehörde eingegangen ist (§ 9-403[1]).

Schuldner unterzeichneten(22) Finanzierungsanzeige, in der lediglich die Parteien nach Namen(23) und Adresse(24) sowie das Sicherungsgut nach Art und Gattung anzugeben sind(25). Die Beschreibung der als Sicherheit dienenden Sachen muss so gehalten sein, dass das Sicherungsgut identifiziert werden kann(26). Das Erfordernis ist erfüllt, selbst wenn für die Identifizierung ausserhalb der Anzeige liegende Umstände herangezogen werden müssen(27). Allgemein gilt, dass geringfügige Irrtümer und Nachlässigkeiten bei der Abfassung der Anzeige unerheblich sind, soweit sie nicht ernsthaft irreführen(28). Damit soll eine zu formalistische Auslegung verhindert werden(29).

Die Finanzierungsanzeige braucht in den meisten Fällen nicht auf den Erlös (proceeds)(30) Bezug zu nehmen. Grundsätzlich(31) entfaltet die Registrierung des am ursprünglichen Sicherungsgut bestellten security interest ihre Wirkungen auch auf den identifizierbaren Erlös aus einer Verfügung über das Sicherungsrecht(32).

b) Bedeutung der Lösung

Aus der Finanzierungsanzeige geht nur hervor, dass die bezeichneten Parteien ein Sicherungsgeschäft an den beschriebenen Gegenständen abgeschlossen haben. Da der Sicherungsvertrag nicht eingereicht werden muss(33), erfahren Dritte weder Einzelheiten über die Höhe der Forderung noch über das spe-

22) Die Unterschrift des Gläubigers ist nicht mehr erforderlich; vgl. die Einzelheiten bei BAILEY 164 ff.; WHITE/SUMMERS 835 ff.; HENSON 39, 46 ff.

23) Vgl. dazu ausführlich WHITE/SUMMERS 837 ff.; BAILEY 168 ff.; HENSON 41 f.

24) BAILEY 172/173; WHITE/SUMMERS 841 ff.

25) § 9-402(1); GRIESE 190/191; MERTENS 239; zudem CNUDCI, A/CN.9/132 S. 10/11. Für das Erfordernis der Grundstücksbeschreibung (vorn § 13 II 2 bei N. 29) s. HENSON 45/46, 51/52; überdies hinten § 16 II C 2 b bei N. 64.

26) Vgl. § 9-110; UCC, Kommentar 5 zu § 9-402; BAILEY 173 ff.; HENSON 43 ff.; WHITE/SUMMERS 843 ff.

27) REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 380 und das dort abgedruckte Beispiel.

28) § 9-402(8); dazu die Beispiele bei BAILEY 169/170; HENSON 42 N. 24.

29) UCC, Kommentar 9 zu § 9-402. In § 9-402(3) ist ein Muster für die Abfassung einer Finanzierungsanzeige enthalten; s. auch HENSON 267 ff.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 390.

30) Vorn § 13 III 2 a.

31) Zu den Ausnahmen vgl. § 9-306(3); HENSON 123 ff.; BAILEY 134 ff.

32) HENSON 127; BAILEY 134; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 22.

33) UCC, Kommentar 2 zu § 9-402; HENSON 39, 45; WHITE/SUMMERS 834; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 10; PFETSCH 146/147; SIMITIS, AcP 1971, 124.

zielle Sicherungsobjekt(34). Die Tatsache, dass eine Finanzierungsanzeige eingereicht wurde, bedeutet nicht einmal notwendigerweise den Bestand eines Sicherungsrechtes zugunsten des bezeichneten Gläubigers. Denn es ist möglich, die Anzeige an das Registeramt auch vor Bestellung der Sicherheit vorzunehmen(35). Das security interest wird in diesem Fall mit Abschluss des Sicherungsvertrages perfekt(36). Dritte können demnach genau genommen aus dem Registereintrag nur entnehmen, dass die dort vermerkten, nicht spezifizierten Gegenstände mit einem Sicherungsrecht belastet sein könnten(37). Dieses System des "notice filing"(38) zwingt den Dritten, sich an die Parteien zu halten, falls er Einzelheiten über das Sicherungsgeschäft erfahren will(39). Zu diesem Zweck sieht § 9-208 vor, dass der Schuldner(40) dem Sicherungsgläubiger eine Aufstellung über den Gesamtbetrag der zu sichernden Forderung an einem bestimmten Datum zusenden kann, die dieser innerhalb von 2 Wochen entweder schriftlich zu bestätigen oder zu berichtigen hat. Falls der Sicherungsvertrag oder eine sonstige, im Besitz des Gläubigers befindliche Urkunde das Sicherungsgut aufzählt, kann der Schuldner auch eine schriftliche Bestätigung bzw. Korrektur der Aufstellung der Belastungsobjekte verlangen(41). Unterlässt der Sicherungsnehmer ohne berechtigten Grund die notwendigen Schritte, so bestimmt sich der Umfang seiner Rechte gegenüber irregeleiteten Dritten nach der vom gutgläubigen Schuldner abgefassten Erklärung; zudem haftet er für den Schaden des Schuldners(42). Der Schuldner hat jeweils einmal inner-

34) Vgl. SMITH/ROBERSON 998; CROWTHER Report I, 5.7.50 S. 219; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 391; FROTZ, Gutachten 312.

35) § 9-402(1): "A financing statement may be filed before a security agreement is made or a security interest otherwise attaches."

36) Vgl. BAILEY 183; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 11 § 29; CROWTHER Report I, 5.7.50 S. 219; DROBNIG, RabelsZ 1961, 454 N. 240.

37) WHITE/SUMMERS 833; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 11 § 28; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 391.

38) Vgl. UCC, Kommentar 2 zu § 9-402; PFETSCH 147 N. 47.

39) HENSON 39; WHITE/SUMMERS 833; FROTZ, Gutachten 312; SIMITIS, AcP 1971, 124.

40) Der Dritte kann sich nicht direkt an den Sicherungsgläubiger halten; s. UCC, Kommentar 2 zu § 9-208.

41) § 9-208(1) 2. Satz; s. UCC, Kommentar 1 zu § 9-208; ungenau FROTZ, Gutachten 313.

42) § 9-208(2); s. BAILEY 96; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 391; FROTZ, Gutachten 313; SIMITIS, AcP 1971, 124.

halb eines halben Jahres einen Anspruch auf kostenlose Bestätigung der Aufstellung. Weitere Bestätigungen braucht der Gläubiger nur gegen Zahlung einer Vergütung auszustellen(43).

Die geschilderte Regelung stellt eine Kompromisslösung dar(44). Dritte erfahren zwar, dass der Gläubiger ein Sicherungsrecht an den beschriebenen Sachen hat oder möglicherweise erwerben wird(45); über die Verschuldung des Sicherungsgebers aber können sie sich nur informieren, wenn dieser einverstanden ist(46). Da der Gläubiger bei der Abfassung der Erklärung über den Inhalt des Sicherungsrechtes mitwirkt, sind Betrugereien ausgeschlossen(47).

2. Oertliche Zuständigkeit

Die Entscheidung über die örtliche Zuständigkeit überlässt der Code den Einzelstaaten. Er beschränkt sich darauf, drei Systeme aufzuzeigen(48). Einige Staaten haben indessen weitere Varianten gebildet(49). Hält man sich an den offiziellen Text(50), so können die Staaten zwischen drei Lösungen wählen: Registrierung nur in der Hauptstadt des Staates, in dem der Schuldner wohnt; nur in dem Landbezirk (county) des Schuldners oder schliesslich an beiden Orten(51). Der Ort der Registrierung bestimmt sich bei zwei Varianten nach der Art des Sicherungsgutes(52). Allgemein sieht der Code die lokale Eintragung für alle die Geschäfte vor, bei denen die Vertragsparteien mit hoher Wahrscheinlichkeit im gleichen Bezirk wohnen(53). Es handelt sich demge-

43) § 9-208(3). Der Betrag darf 10 \$ nicht übersteigen.

44) MERTENS 60; FROTZ, Gutachten 313.

45) Vgl. die Nachweise in N. 36.

46) DROBNIG, Gutachten F 34/35; SIMITIS, AcP 1971, 124.

47) SIMITIS, AcP 1971, 124.

48) § 9-401(1).

49) Vgl. BAILEY 145; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 12 § 33; DROBNIG, CNUDCI 39.

50) Vgl. § 9-401(1).

51) Subsidiär bestimmt sich die Zuständigkeit nach dem Standort des Sicherungsgutes; s. UCC, Kommentar 1 zu § 9-401.

52) Vgl. die Tabelle bei BAILEY 159; zudem WHITE/SUMMERS 818 ff.

53) Vgl. HENSON 54; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 12 § 34; SIMITIS, AcP 1971, 125/126; s. zudem DROBNIG, RabelsZ 1961, 445 N. 182.

mäss um die Verträge mit Landwirten und Käufern von Gegenständen des privaten Gebrauchs(54). Daneben bestehen in allen drei Systemen besondere Zuständigkeitsvorschriften für die Belastung von Gegenständen, die mit Grundstücken verbunden sind(55). In den letzten Jahren liess sich eine leichte Tendenz zur zentralen Registrierung feststellen(56) (57).

3. Registrierung als Obliegenheit

Die volle Wirksamkeit des Sicherungsrechtes hängt von der Registrierung ab. Unterlässt der Gläubiger die Eintragungsformalitäten, so nimmt er gewisse Rechtsnachteile auf sich(58). Der Code braucht deshalb nicht zu bestimmen, welche der Parteien für die Registrierung zu sorgen hat. Die notwendigen Formalitäten werden vielmehr im eigenen Interesse zur Vermeidung eines eventuellen Rechtsverlustes vorgenommen. Die Eintragungsvorschriften begründen demnach keine Rechtspflicht, sondern eine Obliegenheit(59). Der Gläubiger wird den kreditierten Betrag erst auszahlen, nachdem der Schuldner ihm den Nachweis der Registrierung erbracht hat(60). Aus diesem Grund erübrigt es sich, eine Frist zur Einreichung der Finanzierungsanzeige festzusetzen. Der Gläubiger hat aber zu beachten, dass die innerhalb von 4 Monaten vor Stellung des Konkursantrages vorgenommene Registrierung als Gläubigerbegünstigung (preference) gemäss § 60a Bankruptcy Act angefochten werden kann(61).

54) § 9-401(1)(a) der 2. und 3. Variante; hiezu BAILEY 146 ff.

55) Dazu gehören die Grundstückszugehör (s. hinten § 16 II C 2 b), ungefalltes Holz und Rohstoffe; s. UCC, Kommentar 2 zu § 9-401; HENSON 55/56; BAILEY 148/149 ff.

56) CNUDCI, A/CN.9/132 S. 12 § 34.

57) Verlegt der Schuldner seinen Wohnsitz in einen andern Landbezirk des gleichen Staates oder werden die belasteten Gegenstände an einen andern Ort verbracht, so schlägt der Code den Staaten vor, das Sicherungsrecht entweder weiterhin als gültig zu betrachten oder eine neue Eintragung innerhalb von 4 Monaten zu verlangen (§ 9-401[3]; s. HENSON 59; BAILEY 156/157 f.; für Verschiebungen zwischen verschiedenen Staaten gilt § 9-103[1] [d]; s. UCC, Kommentar 6 zu § 9-401).

58) Oben I bei N. 3 f.

59) Dazu von TUHR/PETER § 2 IV S. 12 f.; s. ferner ADAMS 50.

60) SIMITIS, AcP 1971, 122.

61) Vgl. WHITE/SUMMERS 871 ff.; HENSON 165/166 ff.; BAILEY 183, 299 ff.; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 11/12; zudem HANISCH, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 64 (Frankfurt a.M. 1973) 231 ff.

4. Öffentlichkeit des Registers

Das Register ist insofern öffentlich, als der Registerführer verpflichtet ist, auf Anfrage hin und gegen Zahlung einer Gebühr eine Bescheinigung auszustellen, aus der hervorgeht, ob das Register eine auf den Namen eines bestimmten Schuldners lautende Finanzierungsanzeige enthält; gegebenenfalls hat er das Datum und die Stunde der Einreichung sowie den Namen und die Adresse jedes Sicherungsnehmers anzugeben(62). In einzelnen Staaten geben die Registerführer selbst auf telefonische Anfrage hin Auskunft. Zudem bestehen private Organisationen, die im Auftrag ihrer Kunden Nachforschungen anstellen(63).

III. Perfektion durch Vertragsabschluss (attachment)

Von der Notwendigkeit, das Sicherungsrecht zum Zwecke der "perfection" zu publizieren, kennt der Code eine Ausnahme: Wenn das Sicherungsrecht für einen Anschaffungskredit (purchase money security interest) an Gütern des privaten Gebrauchs (consumer goods) bestellt wird, tritt die Perfektion bereits mit Vertragsabschluss (attachment)(64) ein(65). Das "purchase money security interest" umfasst nicht nur das vertragliche Sicherungsrecht des Verkäufers, sondern auch dasjenige eines Dritten, der den Kauf durch Darlehen oder Eingehen einer Verbindlichkeit finanziert(66). Es ist somit gleichgültig, ob der Kredit vom Warenlieferanten oder von einem Dritten stammt(67).

62) § 9-407(2); s. BAILEY 201. Will ein eventueller Kreditgeber indessen die Höhe der Verschuldung und das spezifizizierte Sicherungsgut in Erfahrung bringen, so kommt das Verfahren nach § 9-208 zur Anwendung (hiez zu oben II B 1 b)).

63) CNUDCI, A/CN.9/132 S. 12 § 35.

64) Vorn § 13 II.

65) § 9-302(1)(d). Die im UCC von 1962 vorgesehene Ausnahme zugunsten der landwirtschaftlichen Ausrüstungsgegenstände bis zu einem Kaufpreis von 2'500 \$ wurde aufgehoben (s. UCC, Kommentar [Appendix] zu § 9-302; HENSON 69; BAILEY 121). - Das Sicherungsrecht an Automobilen ist dagegen von der Vornahme besonderer Perfektionshandlungen nicht befreit. Zudem muss die Grundstückszugehör (fixture; s. vorn § 12 III bei N. 26 ff.) registriert werden, um Vorrang vor gewissen Immobiliarsicherheiten zu erhalten (s. § 9-302[1](d); dazu BAILEY 117/118; HENSON 67/68).

66) § 9-107; vgl. auch DROBNIG, CNUDCI 20; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 17 § 49.

67) PFETSCH 148.

Die publizitätslose Perfektion wird vornehmlich damit begründet, dass die Gläubiger ohnehin mit dem Bestehen von Sicherungsrechten an Konsumgütern rechneten⁶⁸⁾. Ueberdies seien die Kosten für die Eintragung des Sicherungsrechtes gemessen an dem Wert der zu sichernden Forderung zu hoch⁶⁹⁾.

68) Vgl. UCC, Kommentar 4 zu § 9-302; WHITE/SUMMERS 799; MERTENS 240; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 394; DROBNIG, RabelsZ 1961, 445 N. 184.

69) CNUDCI, A/CN.9/132 S. 14 § 39; BAILEY 117; PFETSCH 149; SIMITIS, AcP 1971, 120.

§ 15 Rechtsbeziehungen bis zur Pfandverwertung

I. Rechtsverhältnis inter partes

Für die Zeit vor dem Schuldnerverzug können die Parteien das besitzlose⁽¹⁾ Sicherungsrecht grundsätzlich frei ausgestalten⁽²⁾. Der Vertragsinhaltsfreiheit⁽³⁾ sind nur insoweit Schranken gesetzt, als die Parteien die Grundsätze des redlichen Geschäftsverkehrs zu beachten haben⁽⁴⁾.

Bei jeder hypothekarischen Mobiliarsicherheit stellt sich das Problem, ob und wie der Schuldner über das Sicherungsgut verfügen darf⁽⁵⁾. Nach dem Code kann der Gläubiger bestimmen, welches Mass an Freiheit er dem Schuldner gewähren will. Im berühmten Entscheid "Benedict v. Ratner"⁽⁶⁾ hatte der U.S. Supreme Court die Sicherungsabtretung von Forderungen nach dem Recht von New York für nichtig erklärt, weil der Abtretende weiterhin befugt war, die abgetretenen Forderungen zu freier Verfügung einzuziehen⁽⁷⁾. Daraus wurde für das gesamte Kreditsicherungsrecht der Grundsatz abgeleitet, dem Sicherungsschuldner dürfe keine unbeschränkte Verfügungsbefugnis über das Sicherungsgut und den Erlös eingeräumt werden. § 9-205 bestimmt demgegenüber nun ausdrücklich, dass die Gültigkeit des Sicherungsrechtes nicht vom Bestehen irgendwelcher Ueberwachungsbefugnisse abhängt⁽⁸⁾. Analog zur Registrierung⁽⁹⁾ nimmt der Code

1) Die Rechtsstellung des Gläubigers bei Sicherungsrechten mit Besitzaufgabe beurteilt sich nach § 9-207 (s. hiezu BAILEY 91 ff.; BROWN/RAUSHENBUSH 484 ff.).

2) Vorn § 13 III bei N. 31; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 381; DROBNIG, RabelsZ 1961, 449; zu den Ausnahmen s. CNUDCI, A/CN.9/132 S. 7 N. 15.

3) UCC, Kommentar zu § 9-101 a.E.: "Except for procedure on default, freedom of contract prevails between the immediate parties to the security transaction."

4) CNUDCI, A/CN.9/132 S. 7 § 14; vgl. § 1-203 i.V.m. § 1-201(19).

5) Vgl. auch vorn § 7 III.

6) 268 U.S. 353 (1925); zitiert bei UCC, Kommentar 1 zu § 9-205; HENSON 159; BAILEY 90; GRIESE 125, 188; MERTENS 241 N. 24; DROBNIG, RabelsZ 1961, 427, 450; KROHN, AWD 1964, 166 N. 8.

7) Vgl. hiezu ausführlich GRIESE 125 ff.

8) Vgl. BAILEY 90 f.; HENSON 159 f.; DROBNIG, RabelsZ 1961, 450; SIMITIS, AcP 1971, 130.

9) Vorn § 14 II B 3.

somit an, der Gläubiger werde im eigenen Interesse das Sicherungsgut und das Geschäftsgebaren des Schuldners überwachen. Der Gläubiger wird in den meisten Fällen dem Schuldner die gewünschte Verfügungsbefugnis über das Sicherungsgut einräumen, da ihn die Erstreckung des Sicherungsrechtes auf den identifizierbaren Erlös(10) weitgehend schützt(11).

II. Bedeutung der Registerwirkungen

Verfügt der Sicherungsgeber unerlaubterweise über das Sicherungsgut, so hat das Gesetz den zwischen Sicherungsgläubiger und Dritterwerber entstehenden Interessenkonflikt zu entscheiden(12). Die positive Publizitätswirkung der Eintragung schliesst gutgläubigen Dritterwerb ausserhalb des Registers aus(13). Wirkt das eingetragene Sicherungsrecht trotz seiner Publizität indessen nicht gegen gutgläubige Dritterwerber, so bietet die besitzlose Mobiliarsicherheit dem Gläubiger nur ungenügenden Schutz. Im folgenden wird - im Rahmen der allgemeinen Drittwirkungen des Sicherungsrechtes - zu zeigen sein, dass sich die Lösung des UCC nur bedingt mit den im schweizerischen Recht verwendeten Ausdrücken zur Beschreibung der Registerwirkungen darstellen lässt.

10) Vorn § 13 III 2 a.

11) Vgl. PFETSCH 162; SIMITIS, AcP 1971, 113/114.

12) Vgl. hiezu DROBNIG, CNUDCI 37, 42, 67 ff.; SIMITIS, AcP 1971, 131.

13) Vorn § 7 IV 1.

§ 16 Wirkungen des Sicherungsrechtes gegenüber Dritten

I. Ueberblick

Ist das Sicherungsrecht "perfected"(1), so kann der Schuldner grundsätzlich keine wirksamen Verfügungen über das Sicherungsgut zugunsten Dritter mehr treffen(2). Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb ist nach erfolgter Perfektion im allgemeinen ausgeschlossen. Der Registrierung wird aber keine den guten Glauben von Erwerbern zerstörende Wirkung beigelegt; die Eintragung wirkt m.a.W. nicht als "constructive notice", die die Kenntnis des Sicherungsrechtes fingiert(3). Der Grund für den prinzipiellen Ausschluss des gutgläubigen lastenfreien Erwerbes liegt vielmehr darin, dass der Code an die "perfection" einen weitgehenden Bestandesschutz gegenüber Dritten knüpft(4). Der Grundsatz, dass ein perfektes Sicherungsrecht trotz Verfügungen des Schuldners mit demselben Rang bestehen bleibt, erleidet im übrigen zahlreiche Ausnahmen(5).

II. Drittwirkungen des Sicherungsrechts am Sicherungsgut

A. Ungesicherte Drittgläubiger

Den ungesicherten Drittgläubigern geht das security interest uneingeschränkt vor, ohne Rücksicht darauf, ob sie Kenntnis vom Bestehen des Sicherungsrechtes erlangt haben oder ob eine Eintragung erfolgt ist(6).

1) Zu den verschiedenen Arten der "perfection" s. vorn § 14.

2) § 9-306(2); UCC, Kommentar 1 zu § 9-303; BAILEY 226, 233; MERTENS 243, REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 395; DROBNIG, RabelsZ 1961, 450.

3) Vgl. demgegenüber die Rechtslage vor Erlass des UCC; hiezu PFETSCH 142.

4) PFETSCH 149 (allerdings mit missverständlicher Begründung). - Zu beachten ist, dass der Schutz des gutgläubigen Erwerbers im amerikanischen Recht nach wie vor die Ausnahme darstellt. Auch nach Einführung des Code gilt der Grundsatz, dass niemand ein besseres Recht erwerben kann als sein Vormann (vgl. hiezu im einzelnen PFETSCH 29 ff.; zudem HOFSTETTER 15; s. auch hinten § 19 IV 2 und 22 I).

5) Vgl. DROBNIG, RabelsZ 1961, 450.

6) Vgl. UCC, Kommentar 3 zu § 9-301; BAILEY 230/231; DROBNIG, RabelsZ 1961, 451; SIMITIS, AcP 1971, 122, 135.

B. Drittgläubiger mit gesetzlichen Sicherungsrechten und bei amtlicher Beschlagnahme des Sicherungsgutes zu Vollstreckungszwecken(7)

1. Gesetzliche Sicherungsrechte

Hat ein Gläubiger des Sicherungsgebers im normalen Geschäftsverkehr eine Arbeitsleistung erbracht oder Material geliefert, das der Behandlung des Belastungsobjektes diene, so erwirbt er für seine Forderung ein gesetzliches Pfandrecht an den in seinem Besitz befindlichen Gegenständen. Dieses gesetzliche Besitzpfandrecht geht, falls das massgebliche Landesrecht nicht anderes bestimmt(8), einem perfekten security interest im Range vor(9).

2. "Lien creditors"

Sofern Gläubiger des Sicherungsschuldners die Stellung eines "lien creditor" vor Perfektion des Sicherungsrechtes(10) erlangt haben, wird ihnen Rechten der Vorrang vor einem unvollendeten security interest(11) zuerkannt(12). Gemäss § 9-301(3) sind "lien creditors" Gläubiger, die das Sicherungsgut mittels Pfändung (lien by levy)(13) oder Arrestvollziehung (lien by attachment) beschlagnahmt haben, sowie der Vergleichs- und Konkursverwalter(14) und der Treuhänder in einem Treuhandvergleich(15).

7) Zur Terminologie vgl. unten N. 13.

8) WHITE/SUMMERS 783 bei N. 138; BAILEY 276.

9) § 9-310; s. BAILEY 279/280; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 16 § 45; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 398; DROBNIG, RabelsZ 1961, 456; SIMITIS, AcP 1971, 137.

10) Die Unkenntnis des Gläubigers vom Bestehen der Sicherheit wird nicht mehr verlangt; vgl. UCC, Kommentar (Appendix) zu § 9-301; HENSON 160/161.

11) Vorn § 14 I.

12) § 9-301(1)(b); s. BAILEY 228 ff.; HENSON 59, 102; WHITE/SUMMERS 867 ff.

13) Die deutschen Autoren (so z.B. MERTENS 245; DROBNIG, RabelsZ 1961, 451; KROHN, AWD 1964, 168; SIMITIS, AcP 1971, 136) übersetzen den Ausdruck mit "Pfändungspfandrecht"; s. dazu OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 62, Art. 884 N. 81. CNUDCI (A/CN.9/132 S. 16 § 43) wählt die Bezeichnung "privilèges qui ne sont pas des sûretés".

14) Vgl. BAILEY 297/298; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 20; dazu ausführlich HANISCH (zit. vorn § 14 II B 3 N. 61) 203 ff.

15) Vgl. HENSON 102; BAILEY 229; MERTENS 245; DROBNIG, RabelsZ 1961, 451 N. 216.

Das perfekte Sicherungsrecht dagegen ist auch den "lien creditors" gegenüber wirksam. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners lässt demnach das Recht des Sicherungsgläubigers unangetastet(16). Für die Registrierung des zur Sicherung eines Anschaffungskredites bestellten Rechts(17) gilt die Besonderheit, dass dieses einem "lien creditor" gegenüber auch dann wirkt, wenn der Sicherungsnehmer das security interest binnen 10 Tagen nach Uebergabe des Besitzes an den Schuldner eintragen lässt(18).

C. Dritte mit vertraglichen Rechten am Sicherungsgut

1. Dritterwerber

a) Perfektion des Sicherungsrechtes

aa) Offenlegung

Mit Ausnahme des "purchase money security interest" an Konsumgütern müssen alle Sicherungsrechte durch Registrierung oder Inbesitznahme Dritten erkennbar gemacht werden(19). Ist eine solche Offenlegung erfolgt, so ist grundsätzlich ein lastenfreier gutgläubiger Erwerb Dritter nicht mehr möglich (20). Unter bestimmten Umständen aber wird das Sicherungsrecht gegenüber gutgläubigen Erwerbern nicht geschützt.

Die wichtigste Ausnahme ist in § 9-307(1) enthalten. Danach ist trotz der vorgenommenen "perfection" ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb möglich, wenn der Verkäufer das Sicherungsgut im Rahmen seines Geschäftsbetriebes veräussert und der Käufer es im ordentlichen Geschäftsgang(21) erwirbt, ohne von

16) HENSON 161; WHITE/SUMMERS 867/868, 901; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 20; MERTENS 246; DROBNIG, RabelsZ 1961, 451; SIMITIS, AcP 1971, 141; JANDER/KLATTEN, AWD 1973, 184.

17) Zum "purchase money security interest" s. vorn § 14 III bei N. 66 f.

18) § 9-301(2). Der Code gewährt somit dem Sicherungsgläubiger eine Nachfrist zur Registrierung, indem die fristgemässe Eintragung auf den Zeitpunkt der Besitzübertragung an den Schuldner zurückwirkt (vgl. HENSON 164; BAILEY 231/232; WHITE/SUMMERS 902; DROBNIG, RabelsZ 1961, 454 N. 235).

19) Vorn § 14 III.

20) § 9-306(2); vgl. BAILEY 233; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 19 § 57; DROBNIG, CNUDCI 71; MERTENS 243; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 398; PFETSCH 152.

21) Gemäss dem neu beigefügten §9-307(3) erwirbt zudem ein Dritter ausserhalb des ordentlichen Geschäftsverkehrs das zur Sicherung eines zukünftigen Kredites belastete Sicherungsgut lastenfrei, sofern der Kredit nach mehr als 45 Tagen seit dem Erwerb oder nachdem der Sicherungsgläubiger vom Erwerb Kenntnis erhielt, gewährt wurde (vgl. UCC, Kommentar [Appendix] zu § 9-307; BAILEY 234, 247 f.; HENSON 109 f.).

der Verletzung des Sicherungsrechtes zu wissen. Vom geschützten Erwerberkreis ausgeschlossen sind Käufer, die landwirtschaftliche Erzeugnisse (farm products)(22) von einem Farmer erwerben, der üblicherweise seine Produkte selbst verkauft und damit als Kaufmann(23) anzusehen ist(24). Da der Code nach Abschluss dieser Abnehmergruppe nur Drittpersonen schützt, die sonst im ordentlichen Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes Güter erwerben, ist diese Ausnahme von der Drittwirkung des Sicherungsrechtes praktisch auf zum Verkauf bestimmte Gegenstände (inventory)(25) beschränkt(26).

Innerhalb der Voraussetzungen auf seiten des Erwerbers(27) ist zu beachten, dass die Kenntnis vom Bestehen des Sicherungsrechtes an der gekauften Sache allein den gutgläubigen Erwerb des Eigentums noch nicht ausschliesst(28). Der Käufer ist vielmehr nur dann bösgläubig, wenn er Kenntnis von der Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Verkäufers besitzt(29).

Der rechtspolitische Grund der Bestimmung liegt im Schutz des Verkehrsinteresses. Die Warenbestände sind zum raschen Weiterverkauf bestimmt. Dem Kunden eines Kaufmannes ist es deshalb unzumutbar, vor jedem Kauf die Register auf etwaige Sicherungsrechte zu durchsuchen(30). Der Sicherungsnehmer muss damit rechnen, dass der Schuldner die Warenbestände im Rahmen seines Geschäftsganges verkauft(31). Das Recht des Sicherungsgläubigers ist dabei weitgehend durch die dingliche Surrogation am Erlös des Verkaufes geschützt(32).

22) Vorn § 13 I 1 b.

23) § 2-104(1); vgl. hierzu WHITE/SUMMERS 289; PFETSCH 114 f.

24) Vgl. die Kritik bei HENSON 85 ff.; BAILEY 242; PFETSCH 152.

25) Vorn § 13 I 1 d.

26) WHITE/SUMMERS 940; HENSON 107; BAILEY 238; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 19 § 60; PFETSCH 152/153; DROBNIG, RabelsZ 1961, 453; SIMITIS, AcP 1971, 132.

27) Einzige Anforderung auf Veräussererseite ist der Besitz des Kaufmannes; s. PFETSCH 154.

28) Zum Begriff des "buyer in ordinary course of business" s. § 1-201(9); dazu im einzelnen PFETSCH 122 ff., inbes. 126.

29) BAILEY 239; WHITE/SUMMERS 940, 942; TALLON 930; MERTENS 243; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 398; PFETSCH 154/155; DROBNIG, RabelsZ 1961, 453; SIMITIS, AcP 1971, 132.

30) PFETSCH 153; SIMITIS, AcP 1971, 132.

31) Vgl. UCC, Kommentar 2 zu § 2-403; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 19 § 60.

32) Vorn § 13 III 2a; s. zudem § 15 I bei N. 10 f.

bb) Vertragsabschluss

Wie bereits ausgeführt, ist das für einen Anschaffungskredit an Konsumgütern bestellte Sicherungsrecht auch ohne Eintragung oder Inbesitznahme gegenüber Dritten wirksam(33). Nach § 9-307(2) bringt der gutgläubige Dritterwerb das Sicherungsrecht zum Untergang, sofern die Käufer die Gegenstände gegen Entgelt für ihre persönlichen, Familien- oder Haushaltszwecke erwerben. Damit wird der geschützte Erwerberkreis auf die privaten Abnehmer beschränkt(34), denn es sollen nur die Käufer geschützt werden, die die Konsumgüter ihrem Bestimmungszweck gemäss verwenden(35). Auf der Käuferseite wird des weiteren die Entgeltlichkeit des Erwerbes vorausgesetzt. Das Erfordernis ist auch dann erfüllt, wenn der Erwerb auf eine alte Schuld des Käufers angerechnet wird(36). Der gute Glaube schliesslich muss sich hier auf das Nichtbestehen des Sicherungsrechtes beziehen. Der Erwerber ist demnach bösgläubig, wenn er vom Bestehen des Sicherungsrechtes positive Kenntnis hat(37).

Sobald der Gläubiger sein zur Sicherung einer Kaufpreisforderung bestelltes security interest registriert hat, ist ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb an consumer goods ausgeschlossen(38).

b) Fehlende Perfektion

Hat der Gläubiger sein Sicherungsrecht Dritten nicht erkennbar gemacht, obwohl dies zur Perfektion erforderlich ist, so werden neben den Abnehmern von "inventory", die ohnehin selbst bei eingetragenen Sicherungsrechten Schutz erlangen, auch Käufer von andern Gütern ausserhalb des ordentlichen Geschäftsganges eines Kaufmannes geschützt(39). Die Unterlassung der vorgeschriebenen Offenlegung bewirkt demnach einen weitgehenden Schutz des gutgläubigen ent-

33) Vorn § 14 III.

34) BAILEY 244; WHITE/SUMMERS 944.

35) PFETSCH 158.

36) Dies ergibt sich aus dem Begriff der "value"; vgl. § 1-201(44); PFETSCH 160; vorn § 13 II 1 bei N. 22.

37) Der Erwerber muss "without knowledge" gehandelt haben; s. hiezu § 1-201(25); PFETSCH 160; ungenau MERTENS 243/244.

38) UCC, Kommentar 3 zu § 9-307; PFETSCH 160/161; SIMITIS, AcP 1971, 132.

39) § 9-301(1)(c); s. PFETSCH 155. Eine Ausnahme bilden die Käufer landwirtschaftlicher Erzeugnisse (s. BAILEY 230, 235).

geltlichen Erwerbes, sofern der Dritte den unmittelbaren Besitz an der Sache erlangt(40). Erfolgt die Perfektion des Sicherungsrechtes jedoch vor der Besitzergreifung oder der Hingabe von "value", so beurteilt sich der Gutgläubensschutz nach § 9-307(1) (41).

2. Sicherungsgläubiger

a) Konkurrenz mit Mobiliarsicherheiten

aa) Prinzip der Alterspriorität

Wenn mehrere Gläubiger am gleichen Gegenstand ein Sicherungsrecht erlangen, bestimmt sich die Rangfolge zwischen den Rechten grundsätzlich nach dem Datum der Perfektion(42). Für konkurrierende Sicherheiten, die mittels Eintragung vervollständigt wurden, entscheidet demnach der Zeitpunkt des "notice filing" die Rangordnung der Gläubiger untereinander(43). Wurde die Perfektion nicht vorgenommen, so stellt der Code auf den Zeitpunkt der Bestellung ab, d.h. bei Konkurrenz zwischen zwei "unperfected security interests" geht das früher entstandene Sicherungsrecht vor(44).

bb) Vorrang des Sicherungsrechts aus Kauf

Sicherungsrechte, die für Kaufpreisforderungen oder für Kredite bestellt werden, die zur Finanzierung von Kaufgeschäften bestimmt sind(45), unterliegen nicht dem Prinzip der Alterspriorität. Ein "purchase money security interest" an Sachen, die nicht zum Weiterverkauf, Verbrauch oder zur Verarbeitung bestimmt sind(46), geht älteren Sicherheiten am gleichen Sicherungsgut oder

40) Dazu ausführlich PFETSCH 156 f.

41) UCC, Kommentar 4 zu § 9-301; hiezu oben II C 1 a aa.

42) § 9-312(5) (a); s. BAILEY 253 f.; WHITE/SUMMERS 905 ff.; HENSON 71; TALLON 930. Die Registrierung kann jedoch vor Bestellung der Sicherheit erfolgen (s. vorn § 14 II B 1 b bei N. 35 f.; zudem CNUDCI, A/CN.9/132 S. 17 N. 55).

43) GRIESE 193; MERTENS 244; DROBNIG, RabelsZ 1961, 454; SIMITIS, AcP 1971, 135.

44) § 9-312(5) (b); s. BAILEY 254; WHITE/SUMMERS 911; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 16 § 46.

45) Zum "purchase money security interest" s. § 9-107; zudem vorn § 14 III bei N. 66 f.

46) Vgl. § 9-312(4): Das Sicherungsrecht muss an Gegenständen "other than inventory" bestehen.

am Erlös(47) im Range vor, wenn es bereits in dem Augenblick perfekt ist, in dem das Sicherungsgut in den Besitz des Käufers gelangt oder innerhalb von 10 Tagen, nachdem der Erwerber Besitz erlangt hat, vervollständigt wird(48). Das zur Sicherung einer Kaufpreisforderung bestellte Recht an Warenbeständen (inventory) wird gegenüber anderen Sicherungsrechten am gleichen Belastungsobjekt oder am identifizierbaren Erlös in Form von Zahlungsmitteln(49) bevorzugt, sofern es im Zeitpunkt der Inbesitznahme perfekt ist(50) und der Gläubiger des jüngeren Sicherungsrechtes allen eingetragenen Gläubigern(51) für eine Frist von 5 Jahren(52) das Bestehen seines Rechtes mit einer Beschreibung des Kaufgegenstandes schriftlich(53) mitteilt, um diese davon in Kenntnis zu setzen, dass ältere Rechte zurückzutreten hätten(54). Die Mitteilungspflicht schützt somit den Gläubiger einer an Warenbeständen bestellten Sicherheit davor, dem Schuldner weiterhin Kredit zu gewähren, falls dieser bereits zugunsten eines andern Lieferanten eine Sicherheit am Warenlager begründet hat(55).

Die Durchbrechung des Prinzips "*prior tempore potior iure*" ist auf die Ausgestaltung des Sicherungsrechtes zu einem globalen Sicherungsmittel(56) zurückzuführen. Die Möglichkeit, mit Hilfe einer Nacherwerbsklausel (*after acquired property clause*)(57) das gesamte bestehende und zukünftige Vermögen als Siche-

- 47) Die Konkurrenzprobleme innerhalb der Drittwirkungen des Sicherungsrechtes am Erlös können hier nicht im einzelnen nachgezeichnet werden. Vgl. hiezu HENSON 136 ff.; BAILEY 266 ff.; überdies hinten § 30 IV 3 b und 34 II 1.
- 48) § 9-312(4); s. WHITE/SUMMERS 918/919 ff.; HENSON 78; BAILEY 258 ff.; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 17/18; DROBNIG, CNUDCI 75; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 397; GRIESE 195.
- 49) Zum Begriff des "*identifiable cash proceeds*" s. § 9-306(1).
- 50) Die Nachfrist von 10 Tagen fehlt (WHITE/SUMMERS 919; BAILEY 262).
- 51) Unter dem alten Recht musste der Verkäufer zudem allen ihm bekannten Sicherungsgläubigern das Kauf-Sicherungsrecht anzeigen (s. BAILEY 263; MERTENS 244; DROBNIG, *RabelsZ* 1961, 455; SIMITIS, *AcP* 1971, 137).
- 52) Zur alten Rechtslage s. UCC, Kommentar (Appendix) 2a zu § 9-312; WHITE/SUMMERS 918.
- 53) Früher war die mündliche Mitteilung ausreichend (WHITE/SUMMERS 918).
- 54) § 9-312(3); s. BAILEY 262; WHITE/SUMMERS 916/917 f.; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 18 § 53; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 396; DROBNIG, CNUDCI 75/76; DERS., *RabelsZ* 1961, 455.
- 55) Vgl. UCC, Kommentar 3 zu § 9-312; GRIESE 195.
- 56) Vorn § 13 III 2 b bei N. 46 f.
- 57) § 9-204(1); dazu UCC, Kommentar 3 zu § 9-312; vorn § 13 III 2 b.

rungsgut zu belasten, gewährt dem ersten Sicherungsgläubiger ein Finanzierungsmonopol(58). Da eine Haftungsgrundlage fehlt, werden Dritte kaum bereit sein, dem Schuldner Kredit zu gewähren(59). Der Vorrang des jüngeren Sicherungsrechtes aus Kauf schützt nun die Bewegungsfreiheit des Schuldners und die Wettbewerbsfreiheit auf dem Kreditmarkt. Die besondere Behandlung des "purchase money security interest" ist somit als Korrektur der Nacherwerbsklausel gedacht(60).

b) Konkurrenz mit Immobiliarsicherheiten

Wird eine mit einem Sicherungsrecht belastete Sache auf ein Grundstück eingebracht und dort mit Grund und Boden verbunden, ohne ihre Identität zu verlieren (fixture) (61), so stellt sich das Problem der Konkurrenz zwischen Mobil- und Immobiliarsicherheit. Die Lösung erwies sich als besonders schwierig(62), da das Grundstücksrecht einzelstaatlich geregelt ist. Die Zugehörqualität eines Gegenstandes beurteilt sich denn auch weiterhin nach dem uneinheitlichen Recht der Gliedstaaten(63). Die Registrierung eines an "fixture" bestellten Sicherungsrechtes (fixture filing) weist zudem die Besonderheit auf, dass die Finanzierungsanzeige eine Beschreibung des Grundstückes enthalten muss(64) und dort einzureichen ist, wo eine Hypothek am Grundstück normalerweise eingetragen würde(65).

Nach dem Code geht ein security interest an Zugehör einer späteren Sicherheit am Grundstück nur vor, wenn die Finanzierungsanzeige eingereicht wurde, bevor die Immobiliarsicherheit Wirkungen entfaltete(66). Das zur

58) Vgl. MERTENS 244; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 396; DROBNIG, RabelsZ 1961, 456.

59) SIMITIS, AcP 1971, 138.

60) MERTENS 244; DROBNIG, RabelsZ 1961, 456; SIMITIS, AcP 1971, 138.

61) Vgl. BROWN/RAUSHENBUSH 514/515, 584; HENSON 186; zudem MERTENS 246; KROHN, AWD 1964, 170. - Nach MERTENS (22) ist es allerdings fraglich, ob die sachenrechtliche Abgrenzung zwischen Zubehör und wesentlichem Bestandteil wirklich das "richtige" Kriterium abgebe, um Konflikte zwischen Sicherungsgläubiger und Grundstückseigentümer bzw. Grundpfandgläubigern zu entscheiden.

62) Vgl. BAILEY 282; HENSON 185; BROWN/RAUSHENBUSH 580; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 21 § 63; DROBNIG, CNUDCI 78; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 398/399.

63) Vorn § 12 III bei N. 28.

64) § 9-402(5); s. BAILEY 177, 179; HENSON 56.

65) § 9-401(1) und § 9-313(1)(b); vgl. BAILEY 148 ff.; BROWN/RAUSHENBUSH 586.

66) § 9-313(4)(b); s. BAILEY 283, 284; BROWN/RAUSHENBUSH 586; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 21 § 66.

Sicherung eines Anschaffungskredites bestellte Recht an Zugehör geht demgegenüber allen früheren Immobiliarsicherheiten(67) im Range vor, sofern es registriert wird, bevor das Sicherungsgut Zugehörqualität erlangte oder innerhalb der nachfolgenden 10 Tage(68). Der Vorrang soll die Gewährung kurzfristiger Kredite erleichtern, die für die Modernisierung der Gebäudeinstallationen notwendig sind, was auf lange Sicht hin auch im Interesse der Immobiliarkreditgläubiger liege(69).

III. Drittwirkungen fehlerhafter Eintragungen

Das an einem falschen Ort eingetragene Sicherungsrecht ist Dritten gegenüber grundsätzlich unwirksam(70). Lediglich diejenigen Personen, die vom Inhalt der Anzeige positive Kenntnis haben, müssen das Sicherungsrecht gegen sich gelten lassen(71).

Das Sicherungsrecht gilt als eingetragen, sobald die Anzeige bei der zuständigen Registerbehörde eingegangen ist(72). Erfolgt die Eintragung in das Register nicht sofort im Anschluss an die Einreichung der Finanzierungsanzeige, so stimmt das Register demnach mit der tatsächlichen Lage nicht überein. Dritte, die dadurch zu Rechtsgeschäften verleitet werden, die sie bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht vorgenommen hätten, sind nach dem Code nicht geschützt(73).

Im Code fehlt eine Vorschrift, die dem Register öffentlichen Glauben(74) zuerkennt. Die Möglichkeit des Erwerbes eines in ungerechtfertigter Weise eingetragenen Sicherungsrechtes beurteilt sich daher nach den allgemeinen Bestimmungen über den gutgläubigen Rechtserwerb(75).

67) Vgl. aber § 9-316(6); dazu HENSON 188, 195.

68) § 9-313(4)(a); vgl. BAILEY 283; HENSON 188, 191; CNUDCI, A/CN.9/ 132 S. 22 § 66.

69) UCC, Kommentar 8 zu § 9-313. Für eine ausführliche Darstellung der Konkurrenzprobleme s. BAILEY 281 ff.; HENSON 189/190 ff.

70) BAILEY 155.

71) § 9-401(2); s. dazu WHITE/SUMMERS 829 ff.; HENSON 59; BAILEY 156.

72) § 9-403(1); BAILEY 198; HENSON 53; SIMITIS, AcP 1971, 122.

73) Die Frage, ob dem geschädigten Dritten eine Schadenersatzforderung gegenüber dem fehlbaren Registerführer zustehe oder nicht, beantwortet sich nach dem Recht der Einzelstaaten (BAILEY 199).

74) Vorn § 7 IV 2 a.

75) WHITE/SUMMERS 795 N. 30; SIMITIS, AcP 1971, 128 N. 120; vgl. dazu ausführlich PFETSCH 31 ff.

§ 17 Untergang und Verwertung des Sicherungsrechtes

I. Untergang

1. Erlöschen der gesicherten Forderung

Als akzessorisches Recht ist das security interest von dem Bestehen und dem Schicksal der gesicherten Forderung abhängig(1). Erlischt die Forderung oder besteht keine Verpflichtung zur künftigen Erbringung zu sichernder Leistungen(2), so hat der Schuldner ein Interesse an der Berichtigung des Registers. Zu diesem Zweck ist der Sicherungsgläubiger verpflichtet, auf schriftliches Verlangen des Schuldners innerhalb von 10 Tagen eine Bescheinigung auszustellen und zu unterzeichnen, wonach er das eingetragene Sicherungsrecht nicht mehr für sich beansprucht (termination statement)(3). Besteht das Sicherungsrecht an consumer goods, so muss der Sicherungsnehmer diese Erklärung einen Monat nach Erlöschen der zugrundeliegenden Forderung selbständig einreichen. Die neu eingeführte Bestimmung wird damit begründet, dass die Konsumenten sehr oft die Bedeutung dieses Registerbereinigungsverfahrens verkennen(4). Sobald die Erklärung dem Registeramt vorgelegt wird, nimmt dieses die Löschung vor(5). Wenn es der Gläubiger versäumt, das "termination statement" rechtzeitig in der vorgeschriebenen Form abzugeben, ist er für den daraus entstehenden Schaden des Schuldners haftbar(6).

2. Abgrenzung gegenüber dem "continuation statement"

Die Eintragung ist für 5 Jahre wirksam(7). Die Anzeige kann innerhalb

1) Vorn § 13 II 1 bei N. 24.

2) Vgl. UCC, Kommentar 2 zu § 9-404; DROBNIG, RabelsZ 1961, 445.

3) § 9-404(1); s. HENSON 50/51; BAILEY 192 f.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 401; SIMITIS, AcP 1971, 127, 144.

4) UCC, Kommentar (Appendix) zu § 9-404; BAILEY 194; HENSON 51.

5) Vgl. das Muster eines "termination statement" bei REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 392, 401/402.

6) § 9-404(1). Der Gläubiger hat dem Schuldner zusätzlich eine Zivilstrafe von 100 \$ zu zahlen (vgl. BAILEY 195; HENSON 51).

7) § 9-403(2); vgl. UCC, Kommentar (Appendix) zu § 9-403; HENSON 48; BAILEY 185/186 f.

von 6 Monaten vor Ablauf der Frist mittels "continuation statement" beliebig oft verlängert werden(8). Ohne einen Erneuerungsantrag des Gläubigers entfällt lediglich die Perfektion des Sicherungsrechtes; das Sicherungsrecht selber jedoch bleibt als "unperfected security interest" bestehen. Da die Eintragung nicht konstitutiv wirkt(9), führt das Erneuerungsverfahren nicht zum Untergang des Rechtes infolge Zeitablaufs(10).

II. Verwertung

Die wichtigste Unterscheidung innerhalb der verschiedenen Methoden zur Realisierung eines besitzlosen Sicherungsrechtes betrifft die Frage, ob das Sicherungsgut dem Gläubiger auch ohne gerichtliche Verfügung übergeben werden muss oder ob das Verfahren unter Aufsicht des Gerichtes steht(11). Der Code hat sich entschieden, dem Gläubiger weitgehende Freiheit einzuräumen, da sich die amtliche Verwertung als zu zeitraubend und kostspielig erwiesen hatte(12).

1. Recht zur Inbesitznahme

Gerät der Sicherungsgeber mit seinen Verpflichtungen in Verzug, so ist der Gläubiger berechtigt, das Sicherungsgut ohne gerichtlichen Beistand an sich zu nehmen, sofern dabei der öffentliche Friede gewahrt bleibt(13). Der Gläubiger bedarf indessen dann einer gerichtlichen Entscheidung, um das Sicherungsgut herauszuverlangen, wenn die Wegnahme nur mit einem "Friedensbruch" (breach of the peace) möglich ist(14). Hat er das Sicherungsgut in Besitz ge-

8) § 9-403(3).

9) Vorn § 12 IV bei N. 37.

10) Vgl. demgegenüber vorn § 7 VI.

11) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 84; FROTZ, Gutachten 103; SIMITIS, AcP 1971, 141.

12) CNUDCI, A/CN.9/132 S. 23/24. Für die Zeit nach dem Schuldnerverzug ist die Vertragsinhaltsfreiheit (vorn § 15 I N. 3) beschränkt (s. § 9-501[3]; WHITE/SUMMERS 954). Die zusätzlich zum Schutze des Konsumenten erlassenen Normen (vgl. CNUDCI, A/CN.9/132 S. 25 § 77; BAILEY 327) bleiben im folgenden unberücksichtigt.

13) § 9-503; SMITH/ROBERSON 1006; WHITE/SUMMERS 966 ff.; HENSON 244 ff.; DROBNIG, CNUDCI 84/85; JANDER/KLATTEN, AWD 1973, 183. - Zum Problem der Verfassungsmässigkeit dieser die Selbsthilfe erlaubenden Bestimmung vgl. BAILEY 333 f.; HENSON 264/265 f.; TALLON 930.

14) Vgl. hierzu WHITE/SUMMERS 975 ff.; BAILEY 323 f.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 402/403.

nommen, so richten sich die Rechtsbeziehungen der Parteien grundsätzlich nach den Vorschriften für das Faustpfand(15).

2. Verfügungen über das Sicherungsgut

Der Gläubiger darf über die in seinem Besitz befindlichen belasteten Güter in jeder kaufmännisch vernünftigen (commercially reasonable) Weise verfügen. Jede kaufmännisch vertretbare Verwertungsart ist zulässig(16). Der Verkauf kann öffentlich oder freihändig erfolgen(17). Bestimmt der Gläubiger das Verfahren, den Ort, den Zeitpunkt sowie die Bedingungen des Verkaufes, so muss er den Schuldner und die Gläubiger, die ihm ihre konkurrierenden Sicherungsrechte schriftlich mitgeteilt haben(18), in angemessener Weise darüber informieren(19). Falls der Gläubiger selbst die Sachen erwerben will, muss das Sicherungsgut festen Markt- oder Börsenpreisen unterliegen oder öffentlich verkauft werden(20).

Auch wenn der Gläubiger die Verwertungsregeln verletzt, erwirbt der gutgläubige Käufer die Rechte des Sicherungsgebers am Sicherungsgut lastenfrei(21). Der fehlbare Sicherungsnehmer muss jedoch dem Schuldner und allen anderen Dritten, die Rechte an dem gleichen Objekt geltend machen, den daraus entstandenen Schaden ersetzen(22).

15) § 9-501(1) 4. Satz; BAILEY 321 i.V.m. 91 ff.; HENSON 242/243 f.; DROBNIG, RabelsZ 1961, 449.

16) § 9-504(1); vgl. WHITE/SUMMERS 987 ff.; HENSON 247 f.; BAILEY 345 ff.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 403; SIMITIS, AcP 1971, 142.

17) § 9-504(3); DROBNIG, CNUDCI 87; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 24 § 76.

18) Vgl. UCC, Kommentar (Appendix) zu § 9-504; BAILEY 349.

19) Eine Ausnahme bilden die verderblichen Waren und solche mit Marktwert; vgl. § 9-504(3); hiezu WHITE/SUMMERS 983 ff.; HENSON 248 f.; BAILEY 348 ff.

20) § 9-504(3); BAILEY 353/354; WHITE/SUMMERS 992; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 403. Der Sicherungsnehmer kann ferner das Sicherungsgut an Erfüllung statt übernehmen; hiezu § 9-505(2); HENSON 252/253 ff.; BAILEY 337/338 ff.

21) § 9-504(4); HENSON 251; BAILEY 352 f.; DROBNIG, RabelsZ 1961, 448; JANDER/KLATTEN, AWD 1973, 183.

22) § 9-507(1); dazu WHITE/SUMMERS 997 ff.; BAILEY 357 ff.; HENSON 255/256.

2. Kapitel: ENGLAND

§ 18 Einführung

I. Eigenart des englischen Pfandrechts

Das englische Recht(1) der Mobiliarsicherheiten ist vielschichtig, unübersichtlich und ausserordentlich umfangreich(2). Jenes der englischen Rechtsordnung eigentümliche Nebeneinander von kodifizierten Normen (statutes) und überlieferten Regeln aus common law und equity(3) hat zu einer komplizierten Struktur von Bestimmungen geführt. Das Case-Law-System bewirkt, dass selbst in einem gesetzlich erfassten Teilbereich nicht kodifizierte Regeln zur Anwendung gelangen(4).

Die Hauptform des englischen Pfandrechts ist das mortgage(5). Dieses für unbewegliche Sachen, Mobilien und Rechte gleichmässig entwickelte Kreditsicherungsinstitut ist dadurch gekennzeichnet, dass es kein Pfandrecht im Sinne eines beschränkten dinglichen Rechtes, sondern ein Sicherungseigentum ist(6). Der Kreis der Vermögenswerte, die unter ein mortgage fallen können, weist auf den hypothekarischen Charakter(7) dieser Mobiliarsicherheit hin. Das klassische mortgage des common law(8) wird unter dem Einfluss der Equity-Judikatur zu einem Pfandrecht umgedeutet(9). Für die unbeweglichen Sachen hat der Law

1) Der geographische Untersuchungsbereich umfasst England und Wales (s. dazu ESCHMANN 31).

2) Vgl. CROWTHER Report I, Kap. 4.2. S. 175 ff.; TALLON 931; ROMAIN 1, 119; HOFSTETTER 101; SADTLER 1.

3) Vgl. SIMMONDS, Länderbericht "United Kingdom", International Encyclopedia of Comparative Law, volume I, Lieferung U (Tübingen usw. 1976) U 69 ff.; HENRICH 17; ZWEIGERT/KOETZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. 1 (Tübingen 1971) 251; TRIEBEL 72; HOFSTETTER 99 f.; GUBLER, ZSR 1954, 350a/351a; GROSSEN, ZBJV 1958, 349.

4) Vgl. HENRICH 35; ZWEIGERT/KOETZ (zit. vorige N.) 250/251; JUNG 28/29.

5) HENRICH 98; KOHLMANN 507.

6) KOHLMANN 507; HOFSTETTER 101; zudem UNIDROIT 116.

7) Vorn § 11 II.

8) Dazu ausführlich ROMAIN 18 ff.

9) HANBURY/MAUDSLEY 545/546 ff.; ROMAIN 23 ff., 119; TER MEULEN 24 ff.; WAHL/BLOMEYER 585; HABEL 3 ff.; HOFSTETTER 101 ff.

of Property Act von 1925 die Konsequenzen aus der Equity-Rechtsprechung gezogen, indem er die Bestellung eines Grundpfandrechtes wahlweise in der Form der Sicherungsübereignung oder des Pfandes zulässt(10). Bei beweglichen Sachen und Rechten jedoch findet sich das mortgage trotz eingehender gesetzlicher Sonderregelung in der Form einer auf dem Eigentum des Gläubigers basierenden Sachsicherheit.

Neben dem mortgage kennt auch das englische Recht die Faustpfandbestellung an Mobilien. Dieses Institut wird als pledge oder pawn bezeichnet(11).

II. Begriff der Mobiliarsicherheit

Die Vermögensrechte (property) unterteilen sich in real property und personal property, was im wesentlichen zwar der Unterscheidung zwischen Immobilien und Mobilien entspricht, aber nicht Identität der beiden Begriffspaare bedeutet(12). Die personal property ist eingeteilt in chattels real (Nutzungsrechte an Grundstücken, leaseholds) und chattels personal(13). Hier interessiert nur der letztgenannte Begriff, bei dem wiederum zwei Gruppen unterschieden werden: die choses in possession und die choses in action(14). Der erste Begriff umfasst die beweglichen Sachen, während zu den choses (things) in action alle übrigen vermögenswerten Rechte wie Forderungen, Immaterialgüterrechte, aber auch Wertpapiere gehören(15). Das chattel mortgage, auf das sich die folgende Untersuchung bezieht, ist die an einer chose in possession bestellte Sicherheit(16).

10) DROBNIG, ZfRV 1972, 133; KOHLMANN 507; HOFSTETTER 103 N. 7; ROMAIN 41 ff.

11) Vgl. LAWSON 154; CROWTHER Report I, 4.1.7 II S. 156; TER MEULEN 22; HOFSTETTER 107/108; KOHLMANN 542 ff.; TRIEBEL 75 f.; SADTLER 12; HABEL 7 ff.

12) Vgl. hiezu ausführlich SIMMONDS (zit. N. 3) U 78; SCHMITZ/von SCHWARTZKOPPEN, Personal Property, in: HEINSHEIMER, Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. II/1 (Mannheim/Berlin/Leipzig 1931) 259; HENRICH 91.

13) HENRICH 91/92; TER MEULEN 23 N. 11; SCHMITZ/von SCHWARTZKOPPEN (zit. N. 12) 259/260.

14) KOHLMANN 507; HENRICH 92.

15) Vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 102; CROWTHER Report I, 4.1.7 V S. 157; SADTLER 14; SCHMITZ/von SCHWARTZKOPPEN (zit. N. 12) 264.

16) Vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 82 f.; SADTLER 14, 18.

§ 19 Chattel mortgage

I. Historische Ausgangslage

Bevor das mortgage an Mobilien gesetzlich geregelt wurde, konnten diese in der Form des "mortgage of land" verpfändet werden. Die damit gewonnene Möglichkeit, bewegliche Sachen als Eigentumspfand ohne Besitzübertragung zu belasten, stiess im common law auf Ablehnung. Der fehlende Rechtsschutz des gutgläubigen Fahrniserwerbes(1) führte dazu, dass seit dem 16. Jahrhundert die Gefahren einer solchen Verpfändungsform(2) unter dem Gesichtspunkt der ausserkonkursrechtlichen Anfechtung auf Gesetzesstufe bekämpft wurden(3). Die Belastung des Besitzes beim Verpfänder begründete nun die Vermutung für Arglist (fraud), die besonders widerlegt werden musste(4). Um die Mitte des 19. Jahrhunderts begann man von neuem, der möglichen Irreführung von Gläubigern und gutgläubigen Erwerbern mit Hilfe der Gesetzgebung entgegenzutreten(5). Die zu diesem Zweck erlassenen Bills of Sale Acts von 1878 (principal Act) und 1882 (amending Act) unterwerfen die chattel mortgages einer weitgehenden Publizität durch Eintragung in ein Register(6). Das Gesetz von 1882 soll zudem rechtlich und geschäftlich unerfahrene Geldkreditnehmer vor unüberlegten Vertragsabschlüssen schützen(7).

II. Rechtsnatur

Mit dem chattel mortgage wird dem Gläubiger (mortgagee) das Eigentum

1) Vgl. auch vorn § 4 II B 2 b.

2) Vorn § 10 I A 2.

3) Vgl. KOHLMANN 110; KLAUSING 380; WAHL/BLOMEYER 602; RIESENFELD 42; HOFSTETTER 104.

4) Vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 72; GOODE, ICLQ 1974, 259; RIESENFELD 42; GROSSEN, ZBJV 1958, 350; s. auch PFETSCH 141.

5) Vgl. die Uebersicht bei FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 77; KOHLMANN 540; zudem TRIEBEL 75; SIMITIS, AcP 1971, 118; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 553/554.

6) LAWSON 154; SADTLER 19; WAHL/BLOMEYER 600/601; KLAUSING 381; KOHLMANN 541; HENRICH 99; LINCKELMANN, Arch.bürg.R. 1893, 232.

7) Vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 77; HABEL 5; SADTLER 19. Für die Situation nach equity s. HANBURY/MAUDSLEY 545; überdies SALINGER, Verh. des 31. DJT, I 466.

(general property) am Sicherungsgut übertragen, der Schuldner (mortgagor) jedoch bleibt im Besitz der Sache, solange er seinen Zahlungspflichten nachkommt(8). Das chattel mortgage kommt seiner Natur nach demzufolge einer besitzlosen Sicherungsübereignung(9) gleich(10). Unter Berücksichtigung der insbesondere im Bills of Sale Act von 1882 enthaltenen Publizitätserfordernisse charakterisiert sich diese Mobiliarsicherheit somit als registrierungspflichtige Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut.

III. Begründung

A. Prozedur der Eintragung

1. Begriff der "bill of sale"

Die "bill of sale" im Sinne des Gesetzes von 1882 ist eine Urkunde, durch die das Eigentum an beweglichen Sachen ohne Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger zum Zwecke der Sicherung einer Geldforderung übertragen wird(11).

2. Bestimmungen der Bills of Sale Acts

a) Gültigkeitsvoraussetzungen der Urkunde

Die Urkunde muss nach einem im Gesetz enthaltenen Formular abgefasst(12) und von mindestens einem glaubhaften Zeugen unterzeichnet werden(13). Die Verpfändung hat die Gegenleistung (consideration)(14) des Sicherungsnehmers wahrheitsgetreu anzugeben, d.h. die Höhe der gesicherten Forderung und dessen Fälligkeit müssen in der bill of sale enthalten sein(15). Die zu sichernde For-

8) Vgl. CROWTHER Report I, 4.1.7 I S. 155; TER MEULEN 22; KOHLMANN 539 a.E.

9) Vorn § 9 I.

10) UNIDROIT 116; DROBNIG, CNUDCI 11; DERS., RabelsZ 1974, 472; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1324; Etude CNRS 53; KLEIN 71; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 133; TRIEBEL 74; PAULICK 58; ROMAIN 83 f.; TER MEULEN 22.

11) Vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 78; CROWTHER Report I, 4.1.32 S. 164; SADTLER 19. - Der Amendment Act (1882) findet keine Anwendung auf die "absolute bills of sale" (s. hiez. CROWTHER Report I, 4.1.33 S. 164; HAMEL/SCHAEFFER 656; UNIDROIT 117; KLAUSING 381); die folgenden Ausführungen beziehen sich also immer auf die "security bills of sale".

12) Act of 1882, sec. 9; s. HAMEL/SCHAEFFER 658 N. 2.

13) Act of 1882, sec. 8, 10; s. auch DROBNIG, CNUDCI 33.

14) Vgl. vorn § 13 II 1 nach N. 21.

15) Act of 1882, sec. 8; vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 88; CROWTHER Report I, 4.1.36 S. 165; SIMITIS, AcP 1971, 116/117.

derung darf zudem nicht unter 30 £ liegen(16). Das Sicherungsgut muss in einem Verzeichnis aufgeführt und so genau als möglich beschrieben sein. Die Verpfändung ist lediglich in bezug auf die klar identifizierten Gegenstände wirksam. Bei ungenügender Beschreibung entfaltet die Urkunde ihre Wirkungen ausschliesslich gegenüber dem Sicherungsgläubiger(17). Ist das Belastungsobjekt zwar an Hand der Beschreibung identifizierbar, fehlt dem Schuldner aber im Zeitpunkt der Ausstellung der Urkunde die dingliche Berechtigung(18), so ist die bill of sale wiederum nur im Innenverhältnis für die betreffenden Gegenstände wirksam(19). Falls eine der übrigen Voraussetzungen nicht erfüllt ist, entfaltet die Verpfändung infolge Nichtigkeit keine Wirkungen(20).

b) Registrierung

Die bill of sale muss innerhalb von 7 Tagen nach Bestellung(21) dem Registerführer des "Royal Court of Justice"(22) zur Registrierung eingereicht werden. Eine Kopie der Urkunde und des Verzeichnisses über das Sicherungsgut sowie eine eidesstattliche Erklärung (affidavit) über Einzelheiten der Errichtung der bill of sale sind beizufügen(23). Die Registrierung ist alle 5 Jahre

16) Act of 1882, sec. 12.

17) Act of 1882, sec. 4; vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 89 f.; TER MEULEN 30/31; SIMITIS, AcP 1971, 121.

18) Zum Erfordernis der "true ownership" s. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 90. Gegenüber Dritten ist die Verpfändung also unwirksam, wenn es sich beim Pfandgegenstand um "after acquired property" handelt (vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 74; CROWTHER Report I, 4.1.36 S. 164, 5.6.6 S. 201; DROBNIG, CNUDCI 54; WAHL/BLOMEYER 601; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 135; HOFSTETTER 105 f.; SIMITIS, AcP 1971, 114).

19) Act of 1882, sec. 5; FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 89; HAMEL/SCHAEFFER 660.

20) FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 83 a.E., 90; CROWTHER Report I, 4.2.12 S. 180; WAHL/BLOMEYER 601; HAMEL 6; SADTLER 11; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 134.

21) Act of 1882, sec. 8.

22) Vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 93 N. (r). Zusätzlich zur Registrierung in London werden bills of sale, die sich auf ausserhalb von London befindliche Güter beziehen, beiden jeweiligen "county courts" registriert (s. hierzu FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 94; CROWTHER Report I, 4.1.36 S. 165). - Das von einer "company" oder von einem Landwirt an landwirtschaftlichen Gütern bestellte mortgage ist von den Bills of Sale Acts ausgenommen (FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 79/80). Diese mortgages müssen im "Companies Registry" bzw. im "Land Registry" eingetragen werden; vgl. die Uebersicht bei GOODE, ICLQ 1974, 255 f.; zudem PENNINGTON 434; TRIEBEL 75; SADTLER 21; KLAUSING 383.

23) Vgl. CROWTHER Report I, 4.2.12 S. 180; FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 84, 93/94; HAMEL/SCHAEFFER 659 N. 2; ferner SALINGER, Verh. des 31. DJT, I 467.

zu erneuern(24). Ohne Eintragung ist die bill of sale nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch gegenüber dem Verpfänder unwirksam(25). Der Gläubiger kann aber das verliehene Geld einschliesslich eines angemessenen Zinses zurückverlangen(26).

Das Register ist öffentlich und kann gegen Zahlung einer kleinen Gebühr von jedermann eingesehen werden(27).

B. Auswirkungen der Bills of Sale Acts

Die komplizierten formellen Anforderungen und die dazugehörigen Sanktionsdrohungen(28) haben zu einem erheblichen Bedeutungsschwund der chattel mortgages geführt(29). Selbst Rechtskundige scheuen die Klippen dieser praxisfremden Gesetzgebung und suchen ihr Kreditsicherungsbedürfnis auf anderem Weg zu befriedigen(30). In der Bankenpraxis ist die bill of sale denn auch nahezu ganz verschwunden(31).

Die veraltete und reformbedürftige bills of sale-Gesetzgebung(32) wirkt sich überdies für den Ruf des Schuldners nachteilig aus. Die bill of sale wird nämlich als Alarmzeichen verstanden, dass der Schuldner nicht mehr das nötige Vertrauen geniesst, um von einem Kreditinstitut einen Kleinkredit zu erhalten(33). Dies ist auch der Grund, weshalb verschiedene Händlerschutz-

24) Act of 1878, sec. 11; FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 95/96.

25) Act of 1882, sec. 8; s. CROWTHER Report I, 4.1.36 S. 165; 4.2.12 S. 180/181; FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 486; DROBNIG, CNUDCI 42; WAHL/BLOMEYER 601; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 135; SIMITIS, AcP 1971, 121; ungenau KLEIN 71.

26) Vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 93; UNIDROIT 117; HABEL 6.

27) FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 95.

28) Vgl. CROWTHER Report I, 4.2.12: "It is difficult to imagine any legislation possessing more technical pitfalls than the Bills of Sale Acts, particularly in relation to security bills of sale."

29) Die Zahl der Einträge beträgt nur noch etwa 8000 jährlich (FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 72 N. [a]); vgl. auch GUEST, RIDC 1973, 648; TALLON 931; TRIBEL 75; SADTLER 18, 21; HABEL 6, 8; JUNG 35.

30) CROWTHER Report I, 4.2.11 S. 179; ESCHMANN 39; s. bereits KLAUSING 381/382.

31) CHORLEY/HOLDEN 321.

32) Vgl. CROWTHER Report I, 4.2.10 ff. S. 179 f. und bereits SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 556.

33) MERTENS 57; TER MEULEN 109/110; SIMITIS, AcP 1971, 119; LAWSON: "A registered bill of sale is likely to be the end of the debtor's chances of raising money."

zeitschriften Einzelheiten über neu registrierte Urkunden veröffentlichen(34).

IV. Wirkungen des chattel mortgage(35)

1. Zwischen den Vertragsparteien

Das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen mortgagee und mortgagor bestimmt sich bis zur Pfandverwertung nach dem Verpfändungsvertrag(36).

Die Rechtsbehelfe, die dem Gläubiger zur Realisierung seines Pfandrechtes offenstehen, richten sich demgegenüber nach den auch für Grundstückshypotheken geltenden Regeln des common law und der equity(37). Einzig das Recht auf Besitzergreifung (seizure) und dessen Voraussetzungen sind im Bills of Sale Act von 1882, sec. 7 geregelt(38). Danach ist die Inbesitznahme durch den Gläubiger verboten, sofern nicht einer der fünf im Gesetz genannten Gründe vorliegt(39). Der Gläubiger kann die Einräumung des Besitzes insbesondere dann verlangen, wenn der Schuldner seiner Zahlungspflicht(40) oder einer Vertragspflicht, die der Erhaltung der Sicherheit dient, nicht nachkommt(41). Gelingt es dem Schuldner nicht, innerhalb von 5 Tagen seit "seizure" eine zu seinen Gunsten lautende Entscheidung des "High Court" einzuholen, so verliert er sein Pfandrecht und ist auf ein Auslösungsrecht nach equity angewiesen(42). Nach Ablauf der 5 Tage ist der Gläubiger befugt, die Pfandsache in der Form des freihändigen Verkaufes (power of sale) zu verwerten(43).

34) Vgl. CHORLEY/HOLDEN 321; LAWSON 155; DROBNIG, CNUDCI 45 oben, 46 unten; ESCHMANN 28.

35) Angesichts der Unbeliebtheit der chattel mortgages in der Praxis werden die Wirkungen dieses Institutes nur noch kurz behandelt.

36) Vgl. WAHL/BLOMEYER 608; missverständlich SADTLER 20.

37) CROWTHER Report I, 4.1.37 S. 165; hiezu FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 267 ff.; TRIEBEL 74; TER MEULEN 72/73; ROMAIN 101 ff.; SIMITIS, AcP 1971, 129.

38) Vgl. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 354/355; HAMEL/SCHAEFFER 661 f.; WAHL/BLOMEYER 608; KOHLMANN 542; HOFSTETTER 106.

39) CROWTHER Report I, 4.1.36 a.E. S. 165; GROSSEN, ZBJV 1958, 350.

40) Es sind indessen die Rechtsbehelfe des "Consumer Credit Act" von 1974 (hiezu ESCHMANN 132 ff.) zu beachten (FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 355).

41) Vgl. UNIDROIT 118; SADTLER 20.

42) Act of 1882, sec. 7 letzter Abs.; KOHLMANN 542; WAHL/BLOMEYER 616; HOFSTETTER 106; UNIDROIT 118.

43) Vgl. dazu FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 87, 359; LAWSON 156/157; ROMAIN 103 f.; WAHL/BLOMEYER 616; SADTLER 20/21.

2. Gegenüber Dritten

Das "Bills of sale Registry" besitzt keine positive Publizitätswirkung (44). Gutgläubige Dritte können demnach das Sicherungsgut lastenfrei erwerben, sofern eine der Ausnahmesituationen vorliegt, in denen das englische Recht den Gutglaubensschutz verwirklicht(45).

Die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers wird zusätzlich dadurch geschwächt, dass gesetzliche Pfandrechte einer bill of sale vorgehen(46).

Werden mehrere bills of sale am gleichen Belastungsobjekt begründet, so richtet sich der Rang der Sicherheiten nach dem Datum der Registrierung(47).

3. Konkurs des Schuldners im besonderen

Ein weiterer Grund für die geringe praktische Bedeutung der chattel mortgages liegt in der Anwendbarkeit der "reputed ownership clause" im Konkurs des Schuldners(48). Nach dieser Klausel gehören alle Gegenstände des beweglichen Vermögens zur Konkursmasse, die sich bei Konkurseröffnung mit dem Willen des wahren Berechtigten unter solchen Umständen im Besitz des Gemeinschuldners befinden, dass dieser Dritten gegenüber als Eigentümer erscheint(49). Die reputed ownership clause bezweckt demnach, Vermögenswerte, die der Schuldner mit Zustimmung des Pfandgläubigers besitzt und jenen dadurch kreditwürdiger(50)

44) FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 93 N. (o) mit weiteren Nachweisen; HANBURY/MAUDSLEY 25; CROWTHER Report I, 4.2.9 II S. 178, 5.7.7. S. 207; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 135; SADTLER 21; SIMITIS, AcP 1971, 131.

45) Vgl. dazu GOODE, ICLQ 1974, 260; CROWTHER Report I, 4.1.4. S. 154, 4.2.8 f. S. 177 f.; HENRICH 94 ff.; MERTENS 112; TRIEBEL 55 f.; ZWEIGERT, RabelsZ 1958, 5 f.; SAUVEPLANNE, The protection of the bona fide purchaser of corporate movables in comparative law, RabelsZ 1965, 651 ff.

46) SADTLER 21; SIMITIS, AcP 1971, 137.

47) Act of 1878, sec. 10(3); s. FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 486.

48) Act of 1882, sec. 15; dazu FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 92; HAMEL/SCHAEFFER 663; TRIEBEL 75, 191; SADTLER 21; WAHL/BLOMEYER 601; HOFSTETTER 107; SIMITIS, AcP 1971, 134.

49) Bankruptcy Act 1914, sec. 38(c); hiezu ausführlich DOELLE, RvglHwB Bd. V (Berlin 1936) 83/84; UNIDROIT 95/96.

50) Vorn § 10 I A 2 a.

erscheinen lassen, zur Konkursmasse zu ziehen und damit den Gläubigern für die Befriedigung zur Verfügung zu stellen⁵¹⁾ ⁵²⁾.

⁵¹⁾ Vgl. von CAEMMERER, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, *RabelsZ* 1939, 687; HAMEL/SCHAEFFER 663; TER MEULEN 33; SIMITIS, *AcP* 1971, 141.

⁵²⁾ Der Anwendungsbereich der Klausel wird allerdings durch die Bestimmungen des Consumer Credit Act 1974 eingeschränkt. Die dort zum Schutze des Konsumenten vorgesehene Anzeige des Gläubigers von der Vertragsverletzung (default notice, dazu ausführlich ESCHMANN 133/134 f.) bewirkt, dass das Sicherungsgut während der dem Konsumenten zur Heilung des Vertragsbruchs eingeräumten Frist nicht zur Konkursmasse gezählt werden darf (FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 92).

§ 20 Floating charge

I. Merkmale

1. Begriff der "charge"

Im Gegensatz zum mortgage(1) überträgt die charge nicht das Eigentum auf den Gläubiger, sondern gewährt diesem lediglich bestimmte Sicherungsrechte am Sicherungsgut, die es dem Gläubiger erlauben, sich für seine ungetilgt gebliebene Forderung Deckung zu verschaffen(2).

2. Pfandschuldner

Die floating charge kann grundsätzlich nur von einer eingetragenen Gesellschaft bestellt werden(3). Diese Beschränkung des Schuldnerkreises hängt damit zusammen, dass die Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit von der bills of sale-Gesetzgebung(4) und von der reputed ownership clause(5) ausgenommen sind.

3. Pfandobjekt

Die floating charge ermöglicht - in Abweichung vom sonst geltenden Spezialitätsprinzip - eine einheitliche Belastung des gesamten bestehenden und zukünftigen Vermögens einer Gesellschaft(6). Dieses besitzlose Pfandrecht

1) Vorn § 18 I bei N. 5 f.

2) Vgl. CROWTHER Report I, 1.2.15 S. 18, 4.1.7 I S. 155; FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 4/5, 156; CHORLEY/HOLDEN 290; LAWSON 160/161; TRIEBEL 74 N. 16; SADTLER 22.

3) Vgl. KOCH 15, 28; SADTLER 25; TRIEBEL 77; DROBNIG, CNUDCI 19 unten; DERS., RabelsZ 1974, 474; SIMITIS, AcP 1971, 110. Zu den Ausnahmen s. TER MEULEN 30, 32; SADTLER 25/26.

4) Bills of Sale Act 1882, sec. 17 (s. hiezu vorn § 19 III B); FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 79; PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 474 f.; CROWTHER Report I, 4.1.7 I S. 156.

5) PENNINGTON 4; TER MEULEN 33, 127/128; SADTLER 25; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 139. Zur Klausel s. vorn § 19 IV 3.

6) PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 457/458; PENNINGTON 380; GOODE, ICLQ 1974, 264 f.; TRIEBEL 77; DROBNIG, CNUDCI 60; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 136; KLAUSING 382 f.

kann demnach sich verändernde Vermögenswerte, Grundstücke und alle Forderungen und sonstigen Rechte einschliesslich der Immaterialgüterrechte erfassen (7). Daneben ist es ohne weiteres zulässig, auch nur einzelne Teile des Gesellschaftsvermögens zu belasten(8).

4. Charakterisierung

Eine Belastung wird von den englischen Gerichten dann als floating charge anerkannt, wenn das Pfandrecht sowohl gegenwärtige als auch zukünftige, in ihrem Bestand jeweils wechselnde Vermögenswerte einer Gesellschaft erfasst, über die das Unternehmen, solange nicht die Durchsetzung des Sicherungsrechtes eingeleitet ist, ohne Mitsprache- oder Mitverfügungsrecht des Gläubigers im normalen Geschäftsablauf frei verfügen kann(9). Ist die gegenständliche Konkretisierung(10) noch nicht erfolgt, so fehlt dem Sicherungsrecht demnach der dingliche Charakter(11). Die Praxis neigt zur Anwendung der "mortgage of future assets-theory"(12), wonach die Gesellschaft ihre dem Sicherungsrecht immanente Verfügungsfreiheit erst dann verliert, wenn ein zum voraus bestimmtes Ereignis eintritt oder der Gläubiger durch sein Eingreifen die Umwandlung der schwebenden Belastung in eine begrenzte und bestimmte Unternehmensehypothek bewirkt(13). Die ältere "licence-theory" dagegen versteht die floating charge als eine zum voraus bestimmbare Belastung, bei der der Pfandgläubiger der Gesellschaft stillschweigend eine Erlaubnis erteilt hat, im Rahmen der ordentlichen Geschäftstätigkeit über das Haftungssubstrat zu verfügen(14).

7) Vgl. KOCH 70 ff.; TER MEULEN 37 ff.; SADTLER 22, 26; SIMITIS, AcP 1971, 104.

8) PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 458; PENNINGTON 380; KOCH 80 f.

9) Vgl. PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 455 ff.; PENNINGTON 378 f.; KOCH 62 ff.; TER MEULEN 43/44, 65.

10) Vgl. hierzu unten V 1.

11) DROBNIG, CNUDCI 60; DERS., Gutachten F 83 f.; DERS., ZfRV 1972, 137; TER MEULEN 105/106; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 139.

12) PENNINGTON 382, vgl. aber dort den in N. 3 zitierten Entscheid; KOCH 98 a.E., 100; TER MEULEN 62.

13) PENNINGTON 381; KOCH 97 ff.

14) Zu den Auswirkungen dieser unterschiedlichen Begründung vgl. PENNINGTON 381 ff.; KOCH 96 f., 99.

II. Begründung

1. Materielle Voraussetzungen

Eine floating charge ist materiell gültig, wenn ein auf die Bestellung dieses Sicherungsrechtes gerichteter Vertrag vorliegt(15), eine zu sichernde Forderung besteht(16) und die Verwaltung befugt ist, fremdes Geld für die Gesellschaft gegen die Vergabe von Sicherheiten aufzunehmen(17). Dabei ist zu beachten, dass die Wirksamkeit der innerhalb eines Jahres vor Beginn der Liquidation (winding-up) bestellten floating charge wesentlich eingeschränkt ist. Hier kann der Gläubiger nämlich nur dann Rechte herleiten, wenn er entweder nachweist, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Pfandbestellung zahlungsfähig war oder dass sie für die Belastung eine neue Gegenleistung erbracht hat(18).

2. Formelle Voraussetzungen

Der Pfandvertrag ist keinen besonderen Formvorschriften unterworfen(19). Schriftlichkeit ist nur verlangt, wenn auch Grundstücke mitverpfändet werden (20).

Die floating charge ist erst durchsetzbar, wenn sie innerhalb von 21 Tagen nach ihrer Bestellung beim Registeramt des "Companies House" in London eingetragen wird(21). Die in Companies Act 1948, sec. 104(1) vorgesehene Eintragung

15) Vgl. PENNINGTON 380; TER MEULEN 44 ff.

16) Dazu ausführlich TER MEULEN 47 ff.; überdies REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 137; zum Begriff der "debenture" s. PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 424 ff.; PENNINGTON 378; TER MEULEN 36; TRIEBEL 152/153 ff.; HABEL 15/16; KLAUSING 382.

17) Vgl. im einzelnen KOCH 29/30 ff.; TER MEULEN 49/50.

18) Companies Act 1948, sec. 322(1); hiezu PENNINGTON 390 ff.; PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 461; CHORLEY/HOLDEN 312/313; KOCH 130 ff.; TER MEULEN 50 ff., 122 ff. (Vergleich mit der deutschen Rechtslage, s. dazu hinten § 30 V 1.); SADTLER 27/28; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 137.

19) Im Normalfall jedoch ist die Vereinbarung über die Errichtung einer floating charge in der Schuldverschreibung (debenture, s. oben N. 16) enthalten; vlg. hiezu KOCH 38 f.

20) Law of Property Act 1925, sec. 40(1); s. PENNINGTON 396; TER MEULEN 55/56; TRIEBEL 77.

21) Companies Act 1948, sec. 95(2)(f); s. PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 472; PENNINGTON 423; GOODE, ICLQ 1974, 263 N. 76; KOCH 46 ff.; SIMITIS, AcP 1971, 123.

in ein von der Gesellschaft selbst zu führendes Verzeichnis(22) ist dagegen nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Sicherungsrechtes gegenüber Dritten und im Konkurs(23); die Folge der Unterlassung einer Eintragung ins gesellschaftseigene Register ist vielmehr nur eine Geldstrafe(24). Die Eintragung ins öffentliche Register hat unter Angabe der gesicherten Forderung, des Sicherungsgutes und des Gläubigers zu erfolgen(25). Hinsichtlich des Pfandgegenstandes erfahren die Parteien indessen in der Regel keine Einzelheiten, da das Belastungsobjekt nicht genau beschrieben werden kann(26). Die Anforderungen an die Genauigkeit der Beschreibung sind deshalb mit dem amerikanischen System des "notice filing"(27) vergleichbar(28).

III. Rechtsbeziehungen bis zur Pfandverwertung

1. Verfügungsfreiheit des Schuldners(29)

Bis zur Durchsetzung der floating charge kann der Sicherungsgeber über sein Vermögen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsverlaufes (in the ordinary course of business) frei verfügen(30). Der hypothekarische Charakter des Sicherungsrechtes ermöglicht es der Gesellschaft, ihre Geschäftstätigkeit trotz der Belastung weiterzuführen. Vertragliche Verfügungsbeschränkungen sind grundsätzlich unwirksam(31). Der Schuldner kann sogar weitere, den Rang der floating

22) Von dieser Registrierungspflicht sind lediglich die "unlimited companies" ausgenommen (PENNINGTON 671), die kaum vorkommen (TRIEBEL 121).

23) Vgl. demgegenüber Companies Act 1948, sec. 95(1); hiezu PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 476; KOCH 60; SADTLER 26/27; SIMITS, AcP 1971, 122.

24) Companies Act 1948, sec. 104(2); PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 472; PENNINGTON 417; KOCH 51, 61; TER MEULEN 58.

25) Vgl. TER MEULEN 58; SADTLER 27; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 137.

26) CROWTHER Report I, 5.7.52 S. 220; SADTLER 25.

27) Vorn § 14 II B 1 b.

28) CROWTHER Report I, 5.7.52 S. 219; s. auch TER MEULEN 110.

29) Die Verfügungsfreiheit ist Wesensmerkmal einer floating charge (s. oben I 4). - Die Gefahr einer übermäßigen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit besteht demnach nicht (TER MEULEN 121; vgl. aber hinten § 30 V 1 zur deutschen Rechtslage).

30) PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 459; LAWSON 162; CROWTHER Report I, 5.7.52 S. 220; TRIEBEL 78; SADTLER 27; HOFSTETTER 111/112; KOCH 86; KLAUSING 383; DROBNIG, ZfRV 1972, 137.

31) Vgl. TER MEULEN 65; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 137; SIMITIS, AcP 1971, 130.

charge beeinträchtigende Sicherungsrechte bestellen(32), sofern nicht eine spezielle Verbotsklausel(33) aufgenommen wird.

2. Schutzmittel des Gläubigers

a) Kontrollrecht

Die umfassende Verfügungsgewalt der Gesellschaft kann zur völligen Aus-
höhlung und Entwertung der floating charge führen. Das Gesetz gewährt dem Gläu-
biger deshalb das Recht, im gleichen Umfang wie ein Gesellschafter über die ge-
schäftliche und finanzielle Situation der company informiert zu werden(34).

b) Verfügungsbeschränkung

Nach der Rechtsprechung kann der Gläubiger die Befugnis der Gesellschaft
zur Bestellung vor- oder gleichrangiger Sicherungsrechte ausschliessen(35). Die
nach equity mit dinglicher Wirkung ausgestattete Verbotsklausel(36) ist aber
nur wirksam, wenn der spätere Sicherungsgläubiger von ihr Kenntnis (notice)
hat(37). Wirksamen Schutz vermittelt allein die registrierte Verfügungsbe-
schränkung, da nach herrschender Lehre die Eintragung die allgemeine Kenntnis
des Verbotes bewirkt(38). Gegenüber dem zur Sicherung einer Kaufpreisforderung
bestellten Recht(39) ist das Verfügungsverbot indessen in jedem Fall unwirk-
sam(40).

32) PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 459/460; PENNINGTON 384; SADTLER 27.

33) Vgl. nachstehend III 2 b.

34) Companies Act 1948, sec. 158; TER MEULEN 72; SIMITIS, AcP 1971, 130/131.

35) Vgl. PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 460; PENNINGTON 385; TER MEULEN 65;
SADTLER 27.

36) Vgl. PENNINGTON 385: "Such a provision is not only an agreement by the
company not to create such mortgages, but also an equitable restriction
on its power to do so, ..."

37) PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 460; dazu ausführlich TER MEULEN 68 f.;
KOCH 56 f.; TRIEBEL 78.

38) Vgl. die Nachweise bei TER MEULEN 69 N. 45; zudem SADTLER 27; REICHARD/
KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 137/138; a.M.: PENNINGTON 385 bei N. 5 f.

39) Vgl. den Begriff des "purchase money security interest" im amerikanischen
Recht (vorn § 14 III bei N. 66 f.).

40) PENNINGTON 385/386; TER MEULEN 69 f.

IV. Wirkungen gegenüber Dritten

A. Ungesicherte Drittgläubiger

Die Verfügungsfreiheit der Gesellschaft ist für die ungesicherten Gläubiger nur tragbar, wenn diese die Möglichkeit haben, sich aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen. Andernfalls käme die Belastung des gesamten Gesellschaftsvermögens einer Haftungsbefreiung des Schuldners gleich(41). Zwangsvollstreckungen in das Sicherungsgut sind deshalb solange zulässig, als der Gläubiger das Verfahren zur Verwertung der floating charge nicht eröffnet hat(42). Die dadurch drohende Aushöhlung der Sicherung legt einen engen Kontakt zwischen Sicherungsgläubiger und Schuldner nahe und zwingt den Gläubiger, die geschäftlichen Aussichten des Sicherungsgebers bei Schwächezeichen frühzeitig zu überprüfen(43).

B. Dritte mit vertraglichen Rechten am Sicherungsgut

1. Grundsätze

a) Alterspriorität

Die wesentlichen Sicherungsrechte an Vermögenswerten einer company sind nach Companies Act 1948, sec. 95 zu registrieren. Da die Eintragung nach der "doctrine of constructive notice" die Kenntnis von der Existenz der Rechte fingiert(44), entscheidet die zeitliche Reihenfolge der Registrierungen über den Rang der vor der Bestellung einer floating charge eingetragenen Belastungen(45).

b) Verfügungsbefugnis

Für die nach Begründung der floating charge geschaffenen Sicherungsrechte

41) Vgl. TER MEULEN 77; SIMITIS, AcP 1971, 136.

42) Vgl. im einzelnen PENNINGTON 386 ff.; PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 464/465; TER MEULEN 78, 85 ff.; SADTLER 32; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 138.

43) TER MEULEN 125 f.; DROBNIG, Gutachten F 84; SIMITIS, AcP 1971, 136/137.

44) Vgl. PENNINGTON 430; PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 286; CROWTHER Report I, 5.7.8 S. 207; KOCH 54; s. auch oben III 2 b bei N. 38.

45) TER MEULEN 100; dazu ausführlich PENNINGTON 428 ff.

ist auf die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft abzustellen. Wie bereits dargelegt(46), kann die company grundsätzlich Pfandrechte an einzelnen Gegenständen bestellen, die der floating charge vorgehen. Es besteht jedoch die Möglichkeit, die Errichtung von vor- oder gleichrangigen Sicherheiten zu verbieten(47).

2. Eigentum als Sicherungsmittel

Bei den auf dem Eigentum des Veräusserers beruhenden Sicherheiten(48) ist zu beachten, dass die floating charge kein Recht an Gegenständen begründet, die sich zwar im Besitz der Gesellschaft befinden, dieser aber nicht gehören. Sind Sachen unter Eigentumsvorbehalt oder einem Mietkaufvertrag(49) erworben worden, so erfasst die Belastung nur die Anwartschaft. Das Sicherungsrecht des Verkäufers bzw. Vermieters ist somit vorrangig(50).

V. Verwertung

1. Umwandlung (crystallisation) der floating charge

Die Gefahr einer Aushöhlung der Sicherheit durch eine ungeschickte Geschäftsführung(51) und durch Zwangsvollstreckungen(52) ist erst dann gebannt, wenn sich die floating charge aufgrund des Eintrittes bestimmter Ereignisse in ein gegenständlich konkretes Pfandrecht, eine "fixed charge", verwandelt(53). Diese Umwandlung und Beendigung des Schwebezustandes(54) wird "crystallisation" genannt(55). Sie bringt die Verfügungsbefugnis der company zum Erlöschen und

46) Oben III 1.

47) Oben III 2 b; zudem TER MEULEN 100; KOCH 55 ff.; TRIEBEL 78.

48) Vorn § 11 IV.

49) Hinten § 22 I.

50) Vgl. dazu im einzelnen PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 465; PENNINGTON 388 f.; TER MEULEN 41 ff., 129; SADTLER 32; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 136; SIMITIS, AcP 1971, 127.

51) Oben III 1.

52) Oben IV A.

53) GOODE, ICLQ 1974, 265 N. 80; Etude CNRS 51; DROBNIG, ZfRV 1972, 137.

54) Vgl. CROWTHER Report I, 5.7.52 S. 219/220: "... the charge floats like a cloud over a company's present and future assets [...] until an event occurs [...] which causes the charge to crystallize."

55) PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 457; CHORLEY/HOLDEN 312; SADTLER 28; TER MEULEN 80.

bewirkt, dass die belasteten, zum Zeitpunkt der Umwandlung im Eigentum der Gesellschaft stehenden oder später erworbenen Gegenstände dem Gläubiger haften (56).

Die crystallisation wird herbeigeführt, wenn ein im Pfandvertrag zum voraus benanntes Ereignis eintritt, die Gesellschaft liquidiert oder ein Verwalter ernannt wird(57).

2. Stellung des vom Gläubiger ernannten Verwalters

Der Verwalter (receiver) kann entweder vom Gericht oder Gläubiger bestellt werden(58). Die Praxis zieht die aussergerichtliche Durchsetzung(59) dem kostspieligen und langwierigen Gerichtsverfahren (debenture holder's action)(60) vor(61).

Der vom Sicherungsnehmer ernannte receiver gilt grundsätzlich als dessen Vertreter(62). Um die in diesem Fall für die Handlungen des Verwalters bestehende Haftung des Gläubigers auszuschalten, wird im Pfandvertrag vereinbart, dass der receiver als Beauftragter der Gesellschaft handeln soll(63). Die dem Verwalter üblicherweise eingeräumte Kompetenz umfasst die Befugnis, das Sicherungsgut in Besitz zu nehmen und, soweit Gegenstände ausstehen, zurückzufordern, die Geschäfte der Gesellschaft weiterzuführen, die Vermögenswerte der company zu veräussern und alle Massnahmen zu treffen, die für den Gläubiger zweckmässig sind (64). Der receiver kann gemäss Companies Act 1948, sec. 369(1) für alle im Rahmen seines Aufgabenkreises liegenden Angelegenheiten das Gericht um Weisungen angehen(65).

(56) PENNINGTON 379; LAWSON 162; DROBNIG, CNUDCI 60; DERS., Gutachten F 84; TRIEBEL 78; KOCH 106; TER MEULEN 82 ff.; HOFSTETTER 112; s. oben I 4.

(57) PENNINGTON 379/380; TER MEULEN 80 f.; KOCH 107. Zu den Publizitätsvorschriften im einzelnen vgl. TER MEULEN 81 f.

(58) PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 483; PENNINGTON 446, 462 f.; TER MEULEN 90, 97; KOCH 114.

(59) Vgl. dazu PENNINGTON 443 ff.

(60) Vgl. im einzelnen PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 482 f.; PENNINGTON 446 ff.; TER MEULEN 88 ff.

(61) PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 481; TER MEULEN 88; SADTLER 29; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 138; SIMITIS, AcP 1971, 143.

(62) PENNINGTON 445; PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 442.

(63) Vgl. dazu PENNINGTON 445; TER MEULEN 97 f.; KOCH 115/116 f.

(64) Vgl. PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 441; TER MEULEN 98, 126; KOCH 118 ff.

(65) Vgl. PENNINGTON 466; PALMER/SCHMITTHOFF/KAY/MORSE I 443 a.E., 484.

§ 21 Hypothecation

Die Sicherung des von Dritten finanzierten Warenabsatzes ist dadurch geprägt, dass dem Händler der Besitz an der Kaufsache und die Verfügungsbefugnis über sie eingeräumt wird, weil nur mit dem Erlös aus der Weiterveräußerung der Kredit des Dritten zurückgezahlt werden kann(1). Eine der dazu verwendbaren Sicherungsformen ist der "letter of hypothecation".

I. Begriff und Abgrenzung

1. Publizitätsloses hypothekarisches Pfandrecht

Bei der hypothecation handelt es sich um eine "equitable charge" am Sicherungsgut(2). Dieses vom englischen Billigkeitsrecht anerkannte Rechtsgeschäft(3) überträgt demnach(4) weder das Eigentum noch den Besitz auf den Sicherungsnehmer(5). Mit dem letter of hypothecation verspricht der Schuldner dem Gläubiger, ihm das noch auf dem Transport befindliche Sicherungsgut nach Ankunft abzuliefern oder es für ihn aufzubewahren(6). Unter den in Bills of Sale Act 1878, sec. 4 aufgeführten Voraussetzungen(7) ist die Urkunde auch ohne Registrierung gültig(8).

2. Letter of trust (trust receipt)

Der "letter of trust", auch "trust receipt" genannt, sichert den Gläubiger bei Uebertragung des Besitzes an verpfändetem Sicherungsgut auf den Schuld-

1) DROBNIG, RabelsZ 1961, 402.

2) PENNINGTON 420 N. 1; CROWTHER Report I, 4.1.7 IV S. 157; SADTLER 13.

3) Vgl. dazu HANBURY/MAUDSLEY 15 ff., 540/541; FISHER/LIGHTWOOD/TYLER 156.

4) Vgl. vorn § 20 I 1.

5) Vgl. CHORLEY/HOLDEN 291; CROWTHER Report I, 4.1.7 IV S. 157; TRIEBEL 77; SADTLER 13; HABEL 13; DROBNIG, RabelsZ 1961, 414.

6) DROBNIG, RabelsZ 1961, 411; SIMITIS, AcP 1971, 102.

7) Vgl. dazu nachstehend II.

8) Verwendet eine company den letter of hypothecation, so ist Companies Act 1948, sec. 95(2)(c) zu beachten, wonach die Gesellschaften Rechtsgeschäfte, die eine natürliche Person als bill of sale zu registrieren hätte, beim "registrar of companies" eintragen lassen müssen. Vgl. aber auch vorn § 20 I 2 bei N. 4.

ner(9). Hier hat die Bank demzufolge an Waren oder Traditionspapieren(10) bereits den Besitz erlangt und gibt ihrem Faustpfandschuldner zum Zwecke des Verkaufes die Dokumente oder Güter gegen Empfangsbestätigung heraus(11). Diese unterschiedliche Ausgangslage in der tatsächlichen Abwicklung des Geschäftes zeigt nach englischer Rechtsauffassung, dass es sich beim letter of trust nicht so sehr um ein selbständiges Sicherungsrecht handelt als vielmehr um die Ausdehnung eines früher entstandenen Faustpfandrechtes(12).

II. Bedeutung

Die ausserordentlich komplizierten Regeln der Bills of Sale Acts(13) wirken sich auf die hypothecation nachteilig aus. Ein letter of hypothecation ist insbesondere dann von der Registrierungspflicht befreit, wenn die Urkunde im gewöhnlichen Geschäftsverkehr als Beweis für den Besitz oder die Kontrolle über Waren angesehen wird(14). Beim gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung fällt es jedoch im Einzelfall schwer, mit Sicherheit vorauszusagen, ob ein bestimmtes Schriftstück unter diese Ausnahmeklausel fällt(15). Aufgrund der Rechtsunsicherheit wird die hypothecation nur in jenen Fällen verwendet, in denen eine Faustpfandbestellung nicht möglich ist(16). Abgesehen vom Importhandel ist die hypothecation denn auch kein geläufiges Sicherungsmittel in der Wirtschaftspraxis(17).

III. Wirkungen

Ist es gelungen, eine wirksame hypothecation zu begründen, so kann der

9) HABEL 8/9; DROBNIG, RabelsZ 1961, 412.

10) In der Regel, so steht die Sicherung mit aus Traditionspapieren; vgl. CHORLEY/HOLDEN 327; CROWTHER Report I, 4.1.7 III S. 156.

11) Vgl. das Formular bei CHORLEY/HOLDEN 399.

12) CROWTHER Report I, 4.1.7 III S. 157; CHORLEY/HOLDEN 327; kritisch DROBNIG, RabelsZ 1961, 415/416.

13) Vorn § 19 III A 2.

14) Bills of Sale Act 1878, sec. 4; s. PENNINGTON 420; TRIEBEL 77; HABEL 14; SADTLER 13.

15) Vgl. hiezu CHORLEY/HOLDEN 329; PENNINGTON 420; HABEL 14.

16) CHORLEY/HOLDEN 329; HABEL 13.

17) Vgl. SADTLER 13; TALLON 931; DROBNIG, RabelsZ 1961, 411; SIMITIS, AcP 1971, 103; vgl. zudem Bills of Sale Act 1891, sec. 1.

Gläubiger im Konkurs des Schuldners vom Konkursverwalter, der als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners gilt, das belastete Gut herausverlangen(18).

Gegenüber Dritten ist die hypothecation nur wirksam, wenn diese Kenntnis von dem Sicherungsrecht haben(19).

18) Vgl. HABEL 15 i.V.m. 12; DROBNIG, RabelsZ 1961, 413.

19) Vgl. TRIEBEL 77; DROBNIG, RabelsZ 1961, 413; SIMITIS, AcP 1971, 131 N. 128.

§ 22 Mängel der besitzlosen Mobiliarsicherheiten

Die bisherige Darstellung vermittelt den Eindruck, den natürlichen Personen stünden keine hypothekarischen Mobiliarsicherheiten von grösserer praktischer Bedeutung zur Verfügung(1). Um dieses Bild zu korrigieren, bedarf es eines Ueberblickes über die besitzlosen Warenkreditsicherheiten.

I. Besitzlose Warenkreditsicherheiten

Das englische Recht kennt den Eigentumsvorbehalt (conditional sale agreement)(2) und den Mietkauf (hire-purchase agreement), um dem Verkäufer trotz der Besitzübergabe das Eigentum an der Kaufsache zu erhalten(3). Der Eigentumsvorbehalt ist allerdings nicht gebräuchlich, weil gutgläubige Dritte in ihrem Erwerb des Vorbehaltseigentums geschützt sind(4). Das englische common law kennt zwar keinen generellen Rechtsscheinerwerb Dritter(5), der Grundsatz "nemo dat quod non habet"(6) wird aber von einer Reihe von Ausnahmen durchbrochen. Der gutgläubige Erwerb wird insbesondere dann bejaht, wenn der Käufer mit Zustimmung des Veräusserers bereits im Besitz der Kaufsache ist, das Eigentum dagegen noch nicht auf ihn übergegangen ist(7). Die Verhinderung des gutgläubigen Erwerbes eines noch nicht voll bezahlten Kaufgegenstandes im Falle einer Weiterveräusserung durch den Käufer war deshalb Ausgangspunkt für die Entwicklung des "hire-purchase system"(8). Der Wirtschaftspraxis ging es nun darum, eine auf dem Eigentum des Verkäufers basierende Sachsicherheit zu entwickeln, die

1) Vgl. vorn §§ 19 III B, 21 II.

2) Vgl. dazu UNIDROIT 57, 76 f., 95 ff.; MERTENS 109 ff.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 114; GRAF LAMBSDORFF 350 ff.; SADTLER 3 ff.; HABEL 16 ff.

3) Etude CNRS 64; KLEIN 64.

4) TALLON 941/942; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 114; GRAF LAMBSDORFF 355; TER MEULEN 41, 129/130; HABEL 21; SADTLER 6.

5) Vorn § 19 IV 2 N. 45.

6) Der Grundsatz, wonach jemand nicht mehr Rechte übertragen kann, als er tatsächlich innehat, wird als "nemo dat rule" bezeichnet (s. CROWTHER Report I, 4.1.4 S. 154; GOODE, ICLQ 1974, 260).

7) Factors Act 1889, sec. 9; Sale of Goods Act 1893, sec. 25(2); vgl. hiezu JUNG 16 N. 11 i.V.m. 30; TALLON 931 a.E.; UNIDROIT 84 f.; MERTENS 112; HABEL 17/18; HOFSTETTER 108.

8) Vgl. dazu ausführlich JUNG 15 ff.; HABEL 18 ff.; GUEST, RIDC 1973, 649 f.

wirtschaftlich einem Kaufvertrag entspricht, rechtlich jedoch den Erwerber nicht als Käufer erscheinen lässt(9). Zu diesem Zweck wurde das hire-purchase agreement geschaffen. Dabei handelt es sich um einen Mietvertrag, der mit einem Wahlrecht des Mieters, das Mietverhältnis in einen Kaufvertrag umzuwandeln, verbunden ist, aber keine Kaufverpflichtung begründet(10). Das hire-purchase agreement ist heute die gebräuchliche Rechtsform, um das wirtschaftliche Ziel eines Abzahlungskaufes unter Eigentumsvorbehalt zu erreichen(11).

II. CROWTHER-Bericht

1. Entstehung

Im September 1968 wurde das "Committee on Consumer Protection" unter dem Vorsitz von Lord CROWTHER ernannt und erhielt den Auftrag, das englische Konsumkreditrecht zu überdenken(12). Entgegen dem beschränkten Auftrag dehnte die Kommission die Untersuchung auf das ganze Gebiet des Kredites und der Leistung von Sicherheiten aus(13). Das Resultat der Kommissionsarbeit, der CROWTHER-Bericht, wurde dem Parlament im März 1971 vorgelegt.

2. Inhalt

a) Kritik an den bestehenden besitzlosen Mobiliarsicherheiten

Die Kommission gelangte zum Ergebnis, das englische Kreditrecht leide

-
- 9) LAWSON 163; MERTENS 112, 19; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 114.
- 10) LAWSON 164; CROWTHER Report I, 4.1.43 S. 167; UNIDROIT 6; TALLON 931; GUEST, RIDC 1973, 648/649; MERTENS 113; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 114; GRAF LAMBSDORFF 356; HOFSTETTER 108; HABEL 19; SADTLER 7; TER MEULEN 41.
- 11) Vgl. die statistischen Angaben bei GOODE, ICLQ 1974, 230; zudem DROBNIG, ZfRv 1972, 132; kritisch MERTENS 19 f.; s. im einzelnen JUNG 21 ff.; CROWTHER Report I, 4.1.43 ff. S. 167 ff.; UNIDROIT 11, 17, 22, 29 f., 42 ff., 209 ff.; GUEST, RIDC 1973, 651 ff.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 115 ff.; MERTENS 114 ff.; GRAF LAMBSDORFF 357 ff.; ESCHMANN 41/42 ff.; SADTLER 7 ff.; s. auch BAYER, Verh. des 51. DJT II, 0 67. - Die Sicherheiten des Lieferantenkredites sind somit keinen Publizitätsvorschriften unterworfen (s. CROWTHER Report I, 5.7.60 S. 222). Für die Mietkaufverträge über Kraftfahrzeuge besteht aber ein privates Eintragungssystem; vgl. dazu statt vieler: DROBNIG, CNUDCI 111; DERS., Gutachten F 57 N. 165.
- 12) Vgl. zum Folgenden GUEST, RIDC 1973, 657; JUNG 26; ESCHMANN 48 f.
- 13) Die Untersuchung umfasst z.B. auch eine Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen des Konsumkreditrechtes; vgl. die Uebersicht im CROWTHER Report I, 1.3.1 ff. S. 19 ff.; s. auch GODDE, ICLQ 1974, 234 ff.

an fundamentalen Mängeln und vermöge deshalb selbst für die gängigsten Probleme keine Lösung zu bieten(14).

Scharf kritisiert wird einmal die Tatsache, dass die gesetzliche Regelung auf die sachenrechtliche Konstruktion und nicht auf die gleichartige wirtschaftliche Funktion der Sicherungsformen abstellt. Die Auffassung, das hire-purchase agreement stelle einen Mietvertrag mit einer Kaufoption dar, sei eine gesetzliche Fiktion. In Wirklichkeit wollten die Parteien nämlich einen Kaufvertrag schliessen, bei dem der Kaufpreis ratenweise entrichtet werden könne (15). Zudem wird die gesetzliche Unterscheidung zwischen Eigentumsvorbehalt und chattel mortgage bemängelt, weil beide Institute identische Funktionen erfüllen(16).

Die Bestimmungen über Konflikte zwischen einem Sicherungsgläubiger und einer Drittperson, die den Besitz am Sicherungsgut erlangt, nennt der Bericht chaotisch(17). Da das englische Recht den Rechtsscheinerwerb vom besitzenden Nichteigentümer nur in bestimmten Fällen bejaht(18), bestehen unterschiedliche gesetzliche Lösungen(19).

Die unverhältnismässig strengen und sehr unpraktikablen Formvorschriften der Bills of Sale Acts(20) schliesslich werden als übertrieben formalistisch abgetan(21).

b) Reformvorschlag

Die Kommission empfahl, einen "Lending and Security Act"(22) auszuarbei-

14) CROWTHER Report I, 4.2.1 S. 175, 4.2.16 S. 181, 1.3.6 VII S. 20.

15) CROWTHER Report I, 5.2.2 S. 184; vgl. auch JUNG 33 f.; GUEST, RIDC 1973, 657; GOODE, ICLQ 1974, 252/253; DROBNIG, CNUDCI 10.

16) CROWTHER Report I, 4.2.2 S. 175: "None of these distinctions has any validity in the real world; yet the law continues to adhere to them in deference to theoretical concepts developed two centuries ago."

17) CROWTHER Report I, 5.7.1 S. 206.

18) Oben I bei N. 5 f.

19) Vgl. CROWTHER Report I, 4.2.8 f. S. 177 ff.

20) Vorn § 19 III A 2.

21) CROWTHER Report I, 4.2.10 ff. S. 179/180.

22) Der vorgeschlagene "Consumer Sale and Loan Act", der dem erhöhten Schutzbedürfnis des Konsumenten Rechnung trägt, und der in der Folge erlassene "Consumer Credit Act 1974" werden nicht behandelt; vgl. hiezu die ausführliche Darstellung von ESCHMANN 52 ff.

ten(23). Das vorgeschlagene Gesetz bedeutet im wesentlichen die Uebernahme des amerikanischen, funktionell auf den Sicherungszweck ausgerichteten security interest(24). Der Rahmenentwurf beruht demgemäss darauf, dass der Eigentumsvorbehalt als Mobiliarhypothek, die ein Darlehen sichert, angesehen wird(25) und dass die bestehenden, verschiedene Sicherungsrechte regelnden Erlasse(26) durch ein auf alle Sicherungsformen anwendbares Gesetz ersetzt werden(27).

3. Wirkung

Anlässlich der Parlamentsdebatte im "House of Lords" im Juni 1972 wurde klar, dass die Regierung die Vorschläge der CROWTHER-Kommission zur Vereinheitlichung der Kreditsicherheiten an Mobilien nicht zu verwirklichen gedachte(28). Die aufgezeigten Mängel bestehen also weiterhin. Die Reformpläne sind denn auch wegen der Komplexität der Materie nur aufgeschoben und nicht aufgehoben(29).

23) CROWTHER Report I, 5.2.19 I S. 188/189, 5.3.1 ff. S. 191 ff.

24) CROWTHER Report I, 5.1.5 S. 183, 5.5.6 S. 197; GOODE, ICLQ 1974, 254; zu Art. 9 UCC vgl. eingehend vorn §§ 12 ff.

25) Die Kommission lässt die "artificial and outmoded lender credit/vendor credit dichotomy" (CROWTHER Report I, 5.2.4 S. 185) fallen und betrachtet auch den Warenkredit als Kreditierung des Kaufpreises und damit als Darlehensgewährung; vgl. CROWTHER Report I, 5.2.3 S. 185; GOODE, ICLQ 1974, 253, 263.

26) Vgl. hiezu CROWTHER Report I, 5.3.7 S. 193.

27) CROWTHER Report I, 1.3.8 S. 20, 5.2.8 S. 186.

28) Vgl. den Nachweis bei JUNG 27 N. 110; GUEST, RIDC 1973, 658.

29) GOODE, ICLQ 1974, 274; TALLON 933.

3. Kapitel: FRANKREICH

§ 23 Einführung

I. Pfandrechte ohne Faustpfandcharakter

In der französischen Literatur bestehen vielfältige Versuche, die besitzlosen Pfandrechte dogmatisch einzureihen⁽¹⁾. Zur Ermittlung der Gesichtspunkte, auf die heute die herrschende Lehre abstellt, ist vorerst die systematische Stellung des Faustpfandrechtes aufzuzeigen.

1. Stellung des Faustpfandes im Code Civil

Nach Art. 2093 Cciv.⁽²⁾ dient das gesamte Vermögen des Schuldners dessen Gläubigern als gemeinsamer Haftungsgegenstand (*gage commun*)⁽³⁾. Die Gläubiger sind im Verhältnis ihrer Forderungen aus dem Erlös zu befriedigen, sofern nicht zwischen ihnen gesetzliche Gründe für eine vorzugsweise Befriedigung (*causes légitimes de préférence*) einzelner Gläubiger bestehen⁽⁴⁾. Als Gründe für die Durchbrechung des Gleichbehandlungsgebotes anerkennt Art. 2094 Cciv. die Privilegien und Hypotheken. Gemäss Art. 2095 Cciv. handelt es sich beim Privileg um ein Recht, das die Art der Forderung dem Gläubiger gibt, vor anderen Gläubigern, selbst hypothekarisch gesicherten, befriedigt zu werden.

Die vertraglichen Besitzpfandrechte behandelt der Cciv. unter dem Oberbegriff des "nantissement"⁽⁵⁾ im Titel 17 des dritten Buches⁽⁶⁾. Das nantisse-

1) Vgl. MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 468; FARGEAUD Nr. 1; HAMEL/CORNU 475 ff.; EHRIG 196; THEUERKAUF 12/13, 33 ff., 137 f., 141 f.; KAY 64; NESEMANN 17 f.; KUR-TOGLU 45 f.; HOFSTETTER 15, 79; s. auch GROSSEN, ZBJV 1958, 340, 344 f.; SIMITIS, AcP 1971, 109/110.

2) Vgl. die deutsche Uebersetzung des Cciv. bei HEINSHEIMER/(verschiedene Bearbeiter), Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 1: Frankreich - Code civil (Mannheim/Berlin/Leipzig 1932).

3) Vgl. FARGEAUD Nr. 6 N. 11; FERID I 397 (2 A 16); MERTENS 99; KAY 71 N. 5; COING, ZfRV 1967, 74.

4) Vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 2; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1260; KAY 70 ff.

5) Der Begriff bezeichnet sowohl das Sicherungsrecht als auch den zugrundeliegenden Pfandvertrag (MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 59).

6) "Des différentes manières dont on acquiert la propriété".

ment umfasst das Faustpfandrecht (gage) und das Nutzungspfandrecht (antichrèse) an Grundstücken (Art. 2072 Cciv.). Das Gesetz verknüpft das Faustpfandrecht mit dem System der dinglichen Sicherheiten, indem es das gage in die Privilegien einreicht (Art. 2102 Ziff. 2, 2073 Cciv.). Der Pfandgläubiger hat also ein Privileg, obwohl das Pfandrecht (nantissement) nach der Legaldefinition des Art. 2071 Cciv. auf einem Vertrag beruht, die Privilegien jedoch nach Art. 2095 Cciv. gesetzliche Vorzugsrechte sind⁷⁾. Diese "unklare und nicht zu Ende gedachte"⁸⁾ Gesetzessystematik weist auf die mehrschichtig aufgebaute Position des Pfandgläubigers gegenüber Dritten hin⁹⁾. Ausgehend von dem "droit de préférence"¹⁰⁾ hat der Gesetzgeber nämlich den Pfandnehmer zusätzlich¹¹⁾ mit einem "droit de rétention" (Art. 2082 I Cciv.) ausgestattet, das ihm ermöglicht, das Pfandobjekt bis zu seiner vollständigen Befriedigung zurückzuhalten¹²⁾. Das Zurückbehaltungsrecht kann sowohl dem Verpfänder wie auch Dritten, insbesondere den mit Generalprivilegien ausgestatteten Gläubigern des Verpfänders, entgegengehalten werden¹³⁾. Kraft des droit de rétention kann der Pfandnehmer demzufolge die Versteigerung des Pfandgegenstandes durch andere Gläubiger verhindern, wenn es ihm zu unsicher scheint, sich auf sein Vorzugsrecht an dem Erlös zu verlassen¹⁴⁾. Schliesslich hat der Pfandgläubiger als weiteres Korrelat seines Pfandbesitzes¹⁵⁾ ein "droit de suite", das ihm gestattet, bei unfreiwilligem Verlust der Sache diese während drei Jahren von dem derzeitigen Besitzer herauszuverlangen (Art. 2279 II Cciv.)¹⁶⁾.

7) EHRIG 34; Etude CNRS 86.

8) FERID II 1051 (3 D 90).

9) KAY 7; vgl. auch FERID I 183 (1 C 24 f.); METZGER, ZHR 1952, 157. – Im schweizerischen Recht umschreibt die Dinglichkeit des Pfandrechtes die dem Pfandgläubiger eingeräumte Rechtsposition.

10) Vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 79; FERID II 1040 (3 D 29); BODENSTEIN/EBERTH 85/86; EHRIG 63 f.

11) Vgl. FERID II 1040 (3 D 26); BODENSTEIN/EBERTH 84.

12) Das Privileg gewährt demgegenüber nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung (FERID II 1051 [3 D 91]; REINECKER/PETEREIT 174).

13) Vgl. EHRIG 65 ff.; KAY 8; BODENSTEIN/EBERTH 84; REINECKER/PETEREIT 124/125, 175 ff.

14) Vgl. hiezu im einzelnen MAZEAUD/CHABAS III Nr. 78, Lectures II de la 12^e Leçon S. 228; s. auch Etude CNRS 88; NESEMAN 26 N. 1.

15) Vgl. hiezu ausführlich EHRIG 61 ff.; FERID II 905 (3 A 92); zudem vorn § 4 II B 2 b aa.

16) Vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 80; PLANIOL/RIPERT/BECQUE XII Nr. 231 ff.; FARGEAUD Nr. 7; FERID II 1039 (3 D 25), 927 ff. (3 B 20 ff.); BODENSTEIN/EBERTH 84; REINECKER/PETEREIT 124; KAY 9; EHRIG 64 ff.; GRAVENHORST 20.

2. System der besitzlosen Pfandrechte

Dem Faustpfand ist die echte Mobiliarhypothek gegenüberzustellen. Sie ist durch das Verfügungsrecht des besitzenden Pfandschuldners und das unbeschränkte *droit de suite* des Gläubigers(17) gekennzeichnet; jede Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes ist ausgeschlossen(18). Einzig die "*hypothèque mobilière*" ist eine wirkliche besitzlose Sicherheit, weil hier jegliche auch nur gedankliche Bindung an den Publizitätstatbestand der Innehabung(19) aufgegeben ist(20).

Die "*gages sans dépossession*"(21) sind demgegenüber als Mischform zwischen dem Faustpfand und der Mobiliarhypothek einzuordnen(22). Die verpfändete Sache braucht zwar auch bei diesen dinglichen Sicherheiten dem Gläubiger nicht wirklich übergeben zu werden, doch ist der Gedanke einer an sich notwendigen Besitzentäusserung beibehalten worden(23). Der Gläubiger gilt als Pfandbesitzer. Diese Fiktion beruht auf der Eintragung in das Pfandregister und das gegenüber dem Schuldner bestehende Verbot, die verpfändete Sache ohne Einwilligung des Gläubigers einem Dritten zu übergeben. Andererseits ist das *droit de*

- 17) Im neueren Schrifttum wird der Begriff "*droit de suite*" deshalb vielfach ausschliesslich als die Befugnis des Hypothekengläubigers verstanden, sein Recht ohne Beschränkung auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber geltend zu machen, dem Grundstück oder der "immobilisierten" beweglichen Sache also zu folgen "*en quelques mains qu'il passe*" (Art. 2166 Cciv.). Der durch die Regeln von Art. 2279 f. Cciv. beschränkte Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers wird dagegen als "*droit de revendication*" oder "*vindicatio pignoris*" bezeichnet; vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 91; FARGEAUD Nr. 7 N. 14.
- 18) Vgl. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1273; RIPERT/ROBLOT II Nr. 2613; MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 91, 241, 462; KAY 65 N. 1.
- 19) Vgl. vorn § 4 II B 2 b aa.
- 20) Vgl. FERID II 1046 (3 D 65); EHRIG 197; THEUERKAUF 137; s. auch HAMEL/LAPP 261.
- 21) Die Bezeichnung lautet bisweilen auch "*gages sans déplacement*" oder "*gages sans dessaisissement*" (vgl. hiezu FARGEAUD Nr. 1 N. 2; FERID II 1043 N. 78).
- 22) Das spanische Gesetz vom 16.12.1954 unterscheidet ausdrücklich zwischen der Mobiliarhypothek (*hipoteca mobiliaria*) und dem besitzlosen Pfandrecht (*prenda sin desplazamiento de posesión*) und regelt beide Fälle unterschiedlich. Vgl. dazu ausführlich A.REICHMANN, Die Mobiliarhypothek im Recht der Kreditsicherheiten in Spanien, Nr. 25 der Gelben Reihe des Institutes für internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens (Mainz 1977), insbes. 27 i.V.m. 43; ferner REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 353 ff.; GROSSEN, ZBJV 1958, 347 f.; teilweise abweichend BAERMANN, Spanisches Gesetz über Mobiliarhypothek und besitzloses Pfand, AcP 1956, 442 f.
- 23) Vgl. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1273; FARGEAUD Nr. 26; MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 86; FERID II 1046 (3 D 65); KAY 18; EHRIG 197; THEUERKAUF 35 f.

suite des Pfandgläubigers insoweit beschränkt, als der gutgläubige Dritterwerber sich auf den Satz "En fait de meubles, la possession vaut titre" (Art. 2279 I Cciv.) berufen kann(24). Das Interesse des Pfandgläubigers an der Erhaltung der Sicherheit wird entweder mittels eines behördlichen Kontrollsystems oder durch Strafdrohungen geschützt(25).

II. Besonderheiten der handelsrechtlichen Faustpfandbestellung

1. Begriff des Handelspfandes (gage commercial)

Ein handelsrechtliches Pfand (gage commercial) liegt nach Art. 91 I Ccom. dann vor, wenn die zu sichernde Forderung von einem Handelsgeschäft herrührt (26), unabhängig davon, ob der Verpfänder ein Kaufmann ist oder nicht(27).

2. Bestellung

Zur Drittwirksamkeit(28) bedarf die Pfandrechtsbestellung nach Zivilrecht der öffentlichen Beurkundung oder einer Privaturkunde, die registrierungspflichtig(29) ist, sofern die Forderung oder der Pfandgegenstand den Wert von 50 F. übersteigen. Der schriftliche Vertrag enthält genaue Angaben über die gesicherte Forderung und die verpfändete Sache(30). Bei Wahl der privaten Schriftform wird der Vertrag mit einer Stempelsteuermarke versehen und erhält damit sein "sicheres Datum" (date certaine)(31). Das gage commercial dagegen ist auch gegenüber Dritten formlos gültig(32).

24) FARGEAUD Nr. 9; GRAVENHORST 102; THEUERKAUF 37.

25) Vgl. EHRIG 198; THEUERKAUF 41 f.; HOFSTETTER 77; vgl. zudem vorn § 7 III B 2 a und hinten § 24 II B 2 b.

26) Vgl. statt vieler: FERID I 248 ff. (1 E 20 ff.); SONNENBERGER, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Heidelberg 1975) 31 ff.

27) Vgl. HAMEL/FOYER 45 ff.; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1285; BODENSTEIN/EBERTH 81.

28) In den romanischen Ländern wird beim Faustpfand innerhalb der Gültigkeitsvoraussetzungen zwischen dem Verhältnis unter den Parteien und der Wirkksamkeit gegenüber Dritten unterschieden; vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 70 ff. ("conditions d'opposabilité du droit de gage"); WAHL/BLOMEYER 586, 597, 600; s. auch vorn § 12 IV bei N. 37.

29) Vgl. aber auch die weiteren in Art. 1328 Cciv. genannten Arten der sicheren Datierung (s. hiezu nachstehend II 2 bei N. 31).

30) Art. 2074 Cciv.

31) Vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 71; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 80 ff.; FERID II 1039 (3 D 20); BODENSTEIN/EBERTH 82/83, 35 f.; REINECKER/PETEREIT 111; GRAVENHORST 19; KAY 59; WEHSE, AWD 1972, 609 N. 81.

32) Vgl. hiezu HAMEL/FOYER 51 ff.; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1286.

3. Verwertung

Nach Zivilrecht kann die Verwertung des Pfandes entweder durch gerichtlich angeordnete öffentliche Versteigerung oder richterlich genehmigte Ueberweisung des Pfandes an Zahlungs Statt an den Gläubiger erfolgen(33). Beim Handelspfand ist die öffentliche Versteigerung ohne Einschaltung der Gerichte zulässig, wenn der Gläubiger sie dem Verpfänder und einem etwaigen Mieter oder Pächter 8 Tage vorher angezeigt hat(34).

4. Verpfändung mittels Lagerpfandscheines

Die Pfandsache darf einem gemeinsam bestimmten Dritten (*tiers convenu*) übergeben werden(35). Diese Verpfändungsart führte zur Entstehung der allgemeinen Lagerhäuser (*magasins généraux*) und der wirtschaftlich bedeutsamen Pfandbestellung mittels Lagerpfandscheines (*récépissé-warrant*)(36), die ihrerseits als Vorbild für die gesetzliche Regelung gewisser Sonderformen des Pfandscheines diente(37). Dabei ist zu beachten(38), dass beim "warrant des *magasins généraux*" das Prinzip der dinglichen Surrogation(39) gesetzlich anerkannt ist(40), das Spezialitätsprinzip(41) durchbrochen wird(42) und das Erfordernis der Anzeige an den Pfandhalter und seiner Erklärung, nun für den neuen Pfandgläubiger besitzen zu wollen, fehlt(43).

33) Art. 2078 I Cciv.; vgl. im einzelnen MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 77; FERID II 1040 f. (3 D 31 ff.); REINECKER/PETEREIT 128 f.; BODENSTEIN/EBERTH 86.

34) Art. 93 I Ccom.; vgl. HAMEL/FOYER 55/56 ff.; FERID II 1043 (3 D 45); REINECKER/PETEREIT 129/130; BODENSTEIN/EBERTH 88; WAHL/BLOMEYER 614.

35) Art. 2076 Cciv., Art. 92 Ccom.; s. FERID II 1038/1039 (3 D 19); BODENSTEIN/EBERTH 82.

36) Vgl. dazu MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 67; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1299 ff., 1506 ff.; RIPERT/ROBLOT II Nr. 2607; HAMEL/GRANGER 156 ff.; UNIDROIT 110; Etude CNRS 52; REINECKER/PETEREIT 122 f.; KAY 18; EHRIG 139 ff.

37) THEUERKAUF 134 ff.; KAY 18.

38) Da bei der Drittverwahrung die durch Pfandschein verpfändeten Gegenstände nicht im Gewahrsam des Schuldners verbleiben, ist der Lagerpfandschein eine Form des Faustpfandes. Er wird hier deshalb nur insoweit berücksichtigt, als die strengen Pfandrechtsprinzipien gelockert sind (s. auch vorn § 11 II).

39) Vgl. hiezu statt vieler: EHRIG 58 ff.

40) Verordnung vom 6.8.1945, Art. 20 II/III (abgedruckt in DALLOZ, Code de Commerce [71. A., Paris 1975-1976] 678 ff.).

41) Vgl. vorn § 10 I B 1.

42) Art. 20 IV der Verordnung.

43) Vgl. Art. 25 III der Verordnung; GRAVENHORST 20 f. (Nur den ersten Nehmer des warrant trifft eine Anzeigepflicht).

III. Unzulässigkeit der Sicherungsübereignung ohne Besitzübertragung

Der französischen Rechtspraxis ist eine dingliche Sicherheit, die der Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut(44) entspricht, unbekannt. Die Ablehnung einer solchen Vertragsgestaltung(45) wird unterschiedlich begründet. Die Aushilfskonstruktion der mit einem Mietvertrag verbundenen "vente à réméré" (46), bei der sich der Verkäufer im Kaufvertrag das Recht vorbehält, die verkaufte, ihm aber mietweise belassene Sache innerhalb einer vereinbarten Frist von höchstens 5 Jahren gegen Rückerstattung des Kaufpreises und Ersatz der dem Käufer entstandenen Kosten zurückzunehmen, wird einmal häufig als verbotenes Verfallpfand(47) qualifiziert(48). Zudem scheitert diese Konstruktion an der Publizitätsfunktion(49) des Faustpfandprinzips(50). Schliesslich ist zu beachten, dass die romanischen Länder den fiduziarischen Rechtsgeschäften im allgemeinen ablehnend gegenüberstehen(51).

44) Vorn § 9 I.

45) Da in Frankreich für die Eigentumsübertragung das Konsensprinzip gilt (Art. 711, 1138 II, 1583 Cciv.), kann die traditionslose dingliche Sicherheit nur im Wege eines Kaufvertrages bestellt werden, der später, wenn der Verkäufer seine Schuld beglichen hat, aufgelöst wird; vgl. hierzu EHRIG 78 ff.

46) Art. 1659 ff. Cciv.

47) Art. 2078 Cciv.

48) Vgl. die Nachweise bei EHRIG 80 f.; GRAVENHORST 21; von BOEHMER 58 f.; KAY 17.

49) Vorn § 4 II B 2 b aa.

50) EHRIG 81; COING, ZfRv 1967, 65/66; s. auch KLEIN 70 N. 32; DROBNIG, CNUDCI 140 f. - Diese Begründung wird allerdings vornehmlich von der deutschen Literatur in den Vordergrund gestellt; vgl. BODENSTEIN/EBERTH 112; FERID II 881 (3 A 14); REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 98; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 25; HUEBNER, Die Behandlung ausländischer besitzloser Mobiliarsicherheiten in Frankreich - Französischer Kassationshof, AWD 1969, 454; JUS 1974, 155.

51) Vgl. KLAUSING 386 ff.; GRAVENHORST 22; TUCCI 189 N. 37; ferner KLEIN, BJM 1958, 263 ff.; s. aber auch hinten § 27 II 2.

§ 24 Domizilpfandscheine (warrants à domicile)

Aufgrund der wirtschaftlichen Expansion seit der Jahrhundertwende entwickelte Frankreich eine bestimmte Anzahl besitzloser Pfandrechte(1). Das Bedürfnis der Industrie, des Handels und der Landwirtschaft, gewisse bewegliche Sachen bei der Kreditaufnahme zu verwenden und dennoch den Besitz an den verpfändeten Gegenständen zum Zwecke der wirtschaftlichen Nutzung zu behalten, wurde mit einer grossen Anzahl spezialgesetzlicher Regelungen befriedigt(2). Dazu gehören auch die Gesetze über die Domizilverpfändung (warrantage à domicile). Die verschiedenen, nach und nach geschaffenen Sonderformen der warrants zeugen von den Hoffnungen, die der Gesetzgeber und die unterschiedlichsten Interessengruppen immer wieder in dieses Verpfändungsmittel gesetzt haben(3).

I. Ueberblick(4)

Die Möglichkeit der Domizilverpfändung steht fünf Betriebsgruppen offen. Im Interesse der kreditbedürftigen Landwirtschaft(5) wurde zunächst der "warrant agricole" geschaffen(6). Zur Sicherung von Darlehen(7) an Landwirte und landwirtschaftliche Genossenschaften dienen die Erzeugnisse und das Inventar

- 1) Der numerus clausus besitzloser Pfandrechte ergibt sich aus dem in Art. 2119 Cciv. formulierten Verbot der Mobiliarhypothek ("Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque"), s. METZGER 18/19 N. 1; dazu FARGEAUD Nr. 6 N. 12; KURTOGLU 253; REINECKER/PETEREIT 138 f.
- 2) Vgl. die Uebersicht bei GOODE, ICLQ 1974, 258, 261 f.; DROBNIG, CNUDCI 21; Etude CNRS 51; COING, ZfRV 1967, 75; METZGER 18 ff.; GROSSEN, ZBJV 1958, 340/341. Je nach Personenkreis und Art der Pfandgegenstände gelten deshalb unterschiedliche Bestimmungen; s. hiezu die Kritik bei HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1311; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 488.
- 3) EHRIG 139; SIMITIS, AcP 1971, 97.
- 4) Vgl. auch THEUERKAUF 14.
- 5) Der "warrant vinicole" gilt als Unterfall des landwirtschaftlichen Pfandscheines; vgl. im einzelnen HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1310; THEUERKAUF 17; EHRIG 157 f.; KURTOGLU 153 ff.
- 6) Gesetz vom 30. April 1906 in der Fassung vom 28. Sept. 1935; vgl. hiezu RIPERT/ROBLOT II Nr. 2609; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 479 ff.; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1310; PLANIOL/RIPERT/BECQUE XII Nr. 256 ff.; FARGEAUD Nr. 20 ff.; EHRIG 145 ff.; von BOEHMER 204 f.; THEUERKAUF 14 ff.; KURTOGLU 143 ff.; NESEMAN 43 ff.; KAY 18 ff.; z.T. veraltet DAENIKER 86 ff.; ENGI 18 ff.
- 7) Zur Kontroverse, ob auch sonstige Forderungen mittels Domizilpfandscheines gesichert werden können, vgl. THEUERKAUF 56/57; EHRIG 148.

des landwirtschaftlichen Betriebes(8). Mit dem "warrant hôtelier" wurde dem Hotelgewerbe ermöglicht, als Darlehenssicherung das Hotelinventar zu verwenden(9). Für die Mineralölwirtschaft schuf ein weiteres Spezialgesetz den "warrant pétrolier", der den lizenzierten Erdölimporteurs erlaubt, an ihren Erdölvorräten und -derivaten ein besitzloses Pfandrecht zu begründen(10). Daneben besteht ein Pfandschein für die Rüstungsindustrie (warrant sur stocks de guerre)(11) und schliesslich ist noch der Pfandschein für Industriebetriebe zu erwähnen, die im Besitz einer staatlichen Produktionsgenehmigung (lettre d'agrément) zur Herstellung bestimmter Waren sind; diese Produkte können mit Hilfe des "warrant industriel" verpfändet werden(12).

Jede Pfandscheinart weist Besonderheiten und schwer verständliche Abweichungen in den Einzelheiten auf. Die aufwendige, überspannte(13) spezialgesetzliche Detailregelung mit ihrer verwirrenden Vielfalt oft minutiös-kasuistischer Regelungen(14) braucht im Rahmen dieser Untersuchung nicht dargestellt zu werden, da die zahlreichen auf die jeweiligen Branchenbedürfnisse abzielenden Einzelgesetze - mit Ausnahme des warrant agricole(15) - in keinem Verhältnis zu der geringen praktischen Verbreitung der Domizilpfandscheine stehen(16).

-
- 8) Vgl. THEUERKAUF 51 ff.; EHRIG 148; REINECKER/PETEREIT 154.
- 9) Gesetz vom 8. August 1913 in der Fassung vom 17. März 1915; vgl. dazu HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1312, 1514; RIPERT/ROBLOT II Nr. 2610; PLANIOL/RIPERT/BECCQUE XII Nr. 266 f.; HAMEL/VIVIER 300 ff.; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 483 f.; FARGEAUD Nr. 36 ff.; KURTOGLU 165 ff.; ENGI 25 ff.; REINECKER/PETEREIT 156 f.; THEUERKAUF 17 f.; EHRIG 158 ff.; KAY 21 f.
- 10) Gesetz vom 21. April 1932; vgl. dazu RIPERT/ROBLOT II Nr. 2611; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 486; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1313, 1515; PLANIOL/RIPERT/BECCQUE XII Nr. 272 bis (A); FARGEAUD Nr. 43 ff.; REINECKER/PETEREIT 157/158 f.; KAY 22 f.; KURTOGLU 155 ff.; THEUERKAUF 18 ff.; EHRIG 164 ff.
- 11) Verordnung vom 24. Juni 1939; vgl. HAMEL/VIVIER 304; FARGEAUD Nr. 50 ff.; KURTOGLU 173 ff.; REINECKER/PETEREIT 159 f.; THEUERKAUF 20 f.; EHRIG 172 ff.
- 12) Gesetz vom 12. Sept. 1940 in der Fassung vom 22. Februar 1944; vgl. RIPERT/ROBLOT II Nr. 2612; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1314, 1516; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 487; HAMEL/DURAND 388 ff.; FARGEAUD Nr. 56 ff.; KURTOGLU 182 ff.; REINECKER/PETEREIT 160 ff.; KAY 23/24 f.; THEUERKAUF 21 ff.; von BOEHMER 206 f.; EHRIG 174 ff.
- 13) WACKE, JZ 1975, 543.
- 14) THEUERKAUF 137.
- 15) Vgl. die Angaben bei THEUERKAUF 24 ff.; FARGEAUD Nr. 128; REINECKER/PETEREIT 156.
- 16) Der warrant hôtelier und der warrant sur stocks de guerre werden überhaupt nicht (FARGEAUD Nr. 129 f.; REINECKER/PETEREIT 157, 159; THEUERKAUF 26/27, 28/29; GRAVENHORST 24), der warrant pétrolier und der warrant industriel kaum noch verwendet (FARGEAUD Nr. 131 f.; REINECKER/PETEREIT 158; THEUERKAUF 27 f., 29 f.; UNIDROIT 112/113).

Die folgenden Ausführungen beschränken sich demgemäss auf den Regelfall der Domizilverpfändung.

II. Rechtsnatur der Domizilverpfändung

Die Domizilverpfändung ist die Verpfändung beweglicher Sachen, die der Schuldner weiter in seinem Betrieb behält und benützt, besitzrechtlich jedoch durch ein Wertpapier repräsentiert werden, das der Gläubiger erhält.

A. Wertpapierrechtliches Element

Der Warrant gehört zur Gruppe der Wechsel und wechselähnlichen Papiere (effets de commerce); er verkörpert somit die Forderung, zu deren Sicherung er begeben wurde(17). Innerhalb dieser Gruppe bildet er einen Unterfall des Eigenwechsels (billet à ordre)(18) und ist demzufolge mittels eines an Order lautenden Indossamentes übertragbar(19).

B. Sachenrechtliches Element

1. Fingierter Pfandbesitz

Die mit Hilfe von Pfandscheinen bestellten Sicherheiten sind "gages sans dépossession"(20), d.h. das Institut der Domizilverpfändung ist im allgemeinen nach den Pfandrechtsgrundsätzen für bewegliche Sachen(21) ausgestaltet. Die

17) Da die Pfandrechtsbegründung in den Wertpapiermechanismus eingeflochten ist, besitzt der Warrant einen Doppelcharakter; vgl. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1505; KURTOGLU 146; REINECKER/PETEREIT 127 N. 63; HOFSTETTER 75; THEUERKAUF 31; EHRIG 143, 156.

18) Vgl. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1513; THEUERKAUF 32; RIPERT/ROBLOT II Nr. 2606 (zum Lagerpfandschein [s. vorn § 23 II 4], dessen wertpapierrechtliche Ausgestaltung den Sonderformen als Vorbild gedient hat [KAY 18]); s. deshalb auch HAMEL/GRANGER 160 ff.; REINECKER/PETEREIT 126 f.

19) Vgl. HAMEL/GRANGER 189 ff.; UNIDROIT 112; FERID II 1043 (3 D 48); REINECKER/PETEREIT 155; BODENSTEIN/EBERTH 94.

20) Vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 86 f.; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1309 ff.; FARGEAUD Nr. 20 ff.; FERID II 1043 (3 D 47); EHRIG 198. - Auf den Meinungsstreit, ob es sich bei der Domizilverpfändung um einen Fall des Besitzpfandrechts, um eine Mobiliarhypothek, ein Privileg oder ein neues Rechtsinstitut handelt (vgl. hiezu ausführlich THEUERKAUF 33 ff.; HOFSTETTER 79), ist nicht einzugehen. Der Streit ist lediglich eine Frage der Begriffsumschreibung (s. UNIDROIT 111 N. 3), die in der vorliegenden Arbeit bereits vorgenommen wurde (s. vorn § 23 I 2).

21) Hiezu vorn § 23 I 2.

"Cour de Cassation" kam denn auch in ihrem Entscheid vom 23. April 1918(22) zum Ergebnis, "que le warrant [...] confère au porteur une position équivalente à la possession réelle". Der Inhaber des warrant wird also einem Faustpfandgläubiger gleichgestellt(23).

2. Folgen der Fiktion

a) Personenbezogenheit der Domizilverpfändung

Der fingierte Pfandbesitz ist dem wirklichen Besitz nicht gleichwertig. Der Gläubiger kann das Zurückbehaltungsrecht(24), das seiner Natur nach an die tatsächliche Sachherrschaft gebunden ist(25), nur mittelbar durch die Person des Schuldners ausüben, der für ihn besitzt(26). An die Stelle des Zurückbehaltungsrechtes des Faustpfandgläubigers, das diesem einen vom guten Willen und der Ehrlichkeit des Verpfänders unabhängigen Schutz gewährt, tritt die schuldrechtliche Verpflichtung des Verpfänders, sich der Herausgabe der verpfändeten Sachen an Dritte zu enthalten(27). Das an den Schuldner gerichtete Verbot, die Gegenstände vor Befriedigung des Pfandgläubigers an den Erwerber zu übergeben, wird deshalb als Ausfluss des Zurückbehaltungsrechtes verstanden(28). Die Fiktion führt demnach dazu, dass die Entscheidung des Gläubigers, einen durch Pfandschein gesicherten Kredit einzuräumen, wesentlich von der Vertrauenswürdigkeit des Schuldners bestimmt wird(29). Das personenbezogene Element der Domizilverpfändung ist m.a.W. auf die fehlende positive Publizitätswirkung(30) der Registereintragung(31) zurückzuführen(32).

22) Zitiert bei FARGEAUD Nr. 27 N. 57; EHRIG 151 N. 1; THEUERKAUF 35 N. 19.

23) Vgl. HAMEL/VIVIER 316 ff.(Nr. 25 ff.); FARGEAUD Nr. 27; EHRIG 151; THEUERKAUF 35 f.; GRAVENHORST 22/23; GROSSEN, ZBJV 1958, 342.

24) Vorn § 23 I 1 bei N. 12 ff.

25) Vgl. HAMEL/DURAND 401; FARGEAUD Nr. 29.

26) FARGEAUD Nr. 28; THEUERKAUF 38; EHRIG 198.

27) EHRIG 152.

28) Vgl. FARGEAUD Nr. 28; THEUERKAUF 38, 82; EHRIG 197.

29) THEUERKAUF 40.

30) Zum Begriff s. vorn § 7 IV 1 a.

31) Vgl. nachstehend III 2.

32) Vorn § 23 I 2 bei N. 24; FARGEAUD Nr. 29; KURTOGLU 160 ("la confiance accordée à l'emprunteur"). - Zum Verhältnis zwischen (unbeschränktem) Folge- und Zurückbehaltungsrecht s. THEUERKAUF 38; EHRIG 149; REINECKER/PETEREIT 165 N. 41.

b) Schutzmittel

Zum Schutz des Pfandgläubigers wird sein Anspruch gegenüber dem Verpfänder entweder mittels einer staatlichen Ueberwachung(33) oder Strafdrohungen gesichert(34). Das behördliche Kontrollsystem nähert das fingierte Zurückbehaltungsrecht an den unmittelbaren Pfandbesitz an, da der Schutz des Pfandnehmers in diesen Fällen nicht allein vom guten Willen des Verpfänders abhängt(35). Besteht die Sicherung aber lediglich in Strafdrohungen, so handelt es sich beim Abwehrrecht um einen bloss schuldrechtlichen, wenn auch strafbewehrten Anspruch(36).

III. Begründung des Pfandrechtes1. Pfandvertrag

Der Errichtung des warrant liegt ein Vertrag zugrunde, der die Begründung eines Pfandrechtes an Mobilien in Form eines Eigenwechsels(37) zum Inhalt hat. Die Wirksamkeit dieser Vereinbarung beurteilt sich nach allgemeinem französischem Vertragsrecht(38).

2. Registrierung

Der Kreditnehmer lässt sich grundsätzlich vom Registerbeamten (greffier) des Handelsgerichtes(39), in dessen Bezirk die Pfandsache aufbewahrt wird, den warrant ausstellen, der Angaben über Art, Menge und Wert der verpfändeten Sache und die Höhe der Schuldsomme enthält(40). Der ohne Mitwirkung des Registerbeamten ausgestellte und dem Gläubiger übergebene Pfandschein(41)

33) THEUERKAUF 41, 144; EHRIG 157/158 (zum warrant vinicole), 167 ff. (zum warrant pétrolier), 173 (zum warrant sur stocks de guerre).

34) Vgl. FARGEAUD Nr. 30; FERID II 1044 (3 D 53).

35) EHRIG 152, 198.

36) EHRIG 153, 198; s. auch HROMADKA 182 N. 1.

37) Oben II A.

38) Vgl. Art. 1101 ff. Cciv.

39) Für die Ausstellung des warrant agricole ist das "tribunal d'instance" zuständig (s. THEUERKAUF 60; EHRIG 149; REINECKER/PETEREIT 154).

40) Vgl. im einzelnen THEUERKAUF 60 ff., 99.

41) An die Stelle der Uebergabe der Sache tritt die Tradition des warrant; die Registrierung des Ausstellungsvorganges ersetzt also nicht die Uebergabe der Ware (s. THEUERKAUF 39, 63; a.M.: EHRIG 151, 192).

ist unter den Parteien wirksam, kann aber Dritten nur entgegengehalten werden, nachdem er eingetragen worden ist(42). Die Registrierung des warrant dient demnach dazu, Dritte von dem inter partes wirksam entstandenen Pfandrecht in Kenntnis zu setzen, ihr kommt indessen keine konstitutive Bedeutung zu. Die Eintragung wirkt in der Regel für 5 Jahre(43).

Aus der Rechtsnatur der Domizilverpfändung ergibt sich, dass dem Register die positive Publizitätswirkung fehlt(44). Dem Rechtsverkehr ist nicht zuzumuten, das Pfandregister vor jedem Erwerb einzusehen. Deshalb besteht keine Pflicht zur Einsichtnahme(45), auch wenn das Register diese grundsätzlich ohne Nachweis eines besonderen Interesses ermöglicht(46). Daneben liegt die Bedeutung des Registers in der Bestimmung der Rangfolge mehrerer Pfandscheine nach Massgabe des Ausstellungsdatums des Warrants(47).

IV. Verwertung

Der Pfandscheininhaber hat infolge der Doppelnatur des warrant(48) sowohl das mit dem Pfandprivileg(49) verbundene Verwertungsrecht am Sicherungsgut wie auch das wertpapierrechtliche Rückgriffsrecht gegen die Indossanten(50). Die Pfandverwertung muss der Gläubiger grundsätzlich nach den Vorschriften über den Pfandverkauf vornehmen(51), der sich als schwerfällig, zeitrauend und kostspielig erwiesen hat(52). Das umständliche Verwertungsverfahren ist - neben den Ausstellungsformalitäten - ein weiterer Grund für die geringe Verbreitung der Domizilverpfändung in der Praxis(53).

42) Vgl. THEUERKAUF 61; EHRIG 149; KURTOGLU 147/148; REINECKER/PETEREIT 155; FERID II 1044 (3 D 53); BODENSTEIN/EBERTH 94.

43) Vgl. die Einzelheiten bei THEUERKAUF 102 ff., 141.

44) Vgl. FARGEAUD Nr. 136; HAMEL/DURAND 417; THEUERKAUF 99/100, 141; EHRIG 153; GRAVENHORST 23, 102; zu den Folgen s. oben II B 2 a.

45) Vgl. PLANIOL/RIPERT/BECQUE XII Nr. 265; THEUERKAUF 100, 138/139.

46) Dazu ausführlich THEUERKAUF 100 f.

47) MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 492; THEUERKAUF 115; HOFSTETTER 78; REINECKER/PETEREIT 155.

48) Oben II A N. 17.

49) Vorn § 23 I 1 bei N. 7.

50) Dazu ausführlich THEUERKAUF 113 f.

51) Vgl. THEUERKAUF 107 f.

52) Vgl. THEUERKAUF 142/143.

53) Oben I N. 16.

§ 25 Verkäuferpfandrechte

I. "Gage automobile"

1. Motiv und Anwendungsbereich

Auf Drängen der französischen Automobilindustrie, die sich in einer Absatzkrise befand, wurde im Jahre 1934 ein Spezialgesetz(1) erlassen, das dem Verkäufer von Motorfahrzeugen(2) sowie finanzierenden Dritten im Konkurs des Käufers Sicherheit für die noch ausstehende Kaufpreisforderung verschafft(3). Bis dahin hatten die Verkäufer versucht, sich für den Fall eines Konkurses des Käufers durch die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes zu schützen. In zwei Grundsatzentscheidungen(4) hatte der Kassationshof jedoch die Konkursbeständigkeit des Eigentumsvorbehaltes(5) verneint.

2. Bestellung

Die Bestellungsformalitäten des "gage automobile" richten sich zunächst nach Art. 2074 I Cciv.(6). Der Streit, ob das Pfandrecht bereits kraft Gesetzes entstehe oder erst eine Einigung über die Entstehung des Pfandrechtes erfolgen müsse(7), spielt in der Praxis keine Rolle, da im Kauf- oder Finanzie-

- 1) Gesetz vom 29.12.1934 in der Fassung vom 30.9.1953 mit den seitherigen Änderungen (abgedruckt bei DALLOZ, Code civil [79. A., Paris 1979/80] 1059 f., nach Art. 2074 Cciv.
- 2) Der Kreis der verpfändbaren Fahrzeuge ergibt sich aus Art. 1 des Gesetzes; vgl. dazu FARGEAUD Nr. 68; KURTOGLU 84 ff.; EHRIG 181; REINECKER/PETEREIT 163; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 95.
- 3) Vgl. hierzu ausführlich HAMEL/LAPP 211 ff.; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. RIPERT/ROBLOT II Nr. 2613; UNIDROIT 126 ff.; KURTOGLU 78 ff.; EHRIG 179 f.; NESEMAN 18 f.; s. zum Folgenden auch DROBNIG, CNUDCI 106 ff.
- 4) Die Entscheide sind zitiert bei RIPERT/ROBLOT II Nr. 3145; UNIDROIT 126 (vgl. in diesem Zusammenhang auch 92 ff.); GRAVENHORST 40 N. 174; FERID I 658 N. 14; REINECKER/PETEREIT 152 N. 14; EHRIG 105 N. 5; von BOEHMER 214 N. 2; REISS, AWD 1971, 23 N. 9.
- 5) Vgl. SIMITIS, AcP 1971, 106/107. Zum Eigentumsvorbehalt im allgemeinen s. MERTENS 97 ff.; GRAVENHORST 33 ff.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 87 ff.; GRAF LAMBSDORFF 338, 345 ff.
- 6) Vgl. hierzu vorn § 23 II 2. Die zivilrechtlichen Formvorschriften gelten auch für Handelsgeschäfte (s. RIPERT/ROBLOT II Nr. 2614; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1317; FARGEAUD Nr. 69).
- 7) Vgl. hierzu die Angaben bei EHRIG 182/183.

rungsvertrag regelmässig die Bestellung des Pfandrechtes vereinbart wird(8).

Um Dritten gegenüber wirksam zu sein(9), muss der Gläubiger das Pfandrecht innerhalb von 3 Monaten nach Zulassung des Fahrzeuges(10) bei der Präfektur, die den Zulassungsschein (carte grise) ausgestellt hat, nach seinen Angaben in ein öffentliches Register eintragen lassen(11). Der Gläubiger erhält eine Bestätigung seines Registrierungsantrages(12). Das eingetragene Pfandrecht wirkt 5 Jahre und kann noch einmal für den gleichen Zeitraum verlängert werden(13).

3. Rechtsnatur

a) Rechtsbeziehungen vor der Pfandverwertung

Die amtliche Bestätigung des Eintragungsantrages gibt dem Gläubiger einen fingierten unmittelbaren Besitz an dem verpfändeten Motorfahrzeug(14). Die Besitzfiktion wirkt sich auf das droit de rétention des Pfandgläubigers in der gleichen Weise aus wie beim Warrantinhaber(15). Der Käufer kann demnach das belastete Fahrzeug zwar weiterverkaufen, darf es aber wegen des aus dem fingierten Pfandbesitz folgenden Zurückbehaltungsrechtes des Gläubigers(16) dem Erwerber nicht übergeben, bevor der Gläubiger befriedigt ist. Verletzt er das Uebergabeverbot, so macht er sich wegen Pfandunterschlagung(17) strafbar(18).

8) HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1317; von BOEHMER 215; s. das Beispiel bei BODENSTEIN/EBERTH 89.

9) Die Formvorschrift des Art. 2074 Cciv. hingegen ist beim gage automobile Gültigkeits- und nicht bloss Wirksamkeitsvoraussetzung (MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 91).

10) Art. 5 I des Gesetzes (s. oben I 1 N. 1).

11) Art. 2 I, II des Gesetzes; vgl. hiezu ausführlich FARGEAUD Nr. 72 ff.; RIPERT/ROBLOT II Nr. 2614; UNIDROIT 131 f., 137 f.; KURTOGLU 82 ff.; REINECKER/PETEREIT 163; EHRIG 182; von BOEHMER 215; KAY 46; NESEMAN 20 f.

12) Art. 2 III des Gesetzes.

13) Art. 2 V des Gesetzes.

14) Art. 2 III 2. Satz des Gesetzes: "Par la délivrance de ce reçu, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé la marchandise en sa possession."

15) Dazu vorn § 24 II b 2 a.

16) Vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 91, 78; FARGEAUD Nr. 80; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 476 S. 298/299; HAMEL/LAPP 237; von BOEHMER 215 f.; KAY 46; REISS, AWD 1971, 23.

17) Art. 400 v Code pénal.

18) Vgl. RIPERT/ROBLOT II Nr. 2617; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1321 S. 403; FARGEAUD Nr. 90 f.

In der Praxis wird dem Käufer allerdings jede Weiterveräußerung vertraglich untersagt(19).

Der Gläubiger des gage automobile ist also ein echter Pfandgläubiger, wenn auch ohne tatsächlichen Besitz. Bezeichnenderweise wurde die Frage, ob der Pfandgläubiger sein Zurückbehaltungsrecht auch Dritten, insbesondere denen, deren Privileg dem seinen im Rang vorgeht, entgegenhalten kann(20), zuerst für das Registerpfandrecht des Motorfahrzeugverkäufers bejaht und anschliessend aufgrund der Besitzfiktion auf das Faustpfandrecht übertragen(21). Die neuere Rechtsprechung lässt indessen das Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers dem gesetzlichen Pfandrecht des Werkunternehmers, der nach der Pfandrechtsbegründung Reparaturen an dem Fahrzeug ausgeführt hat(22), mit der Begründung nachgehen, dieser habe die "détention matérielle du véhicule"(23). Für den Gläubiger des Automobilpfandrechts ist sein droit de rétention somit in jenen Fällen von Bedeutung, in denen die im Rang vorgehenden Privilegien des Fiskus und der Sozialversicherung(24) geltend gemacht werden(25).

b) Wirkungen gegenüber Dritterwerbenden

Die Rechtsstellung des Pfandgläubigers im Falle eines Weiterverkaufes des Fahrzeuges ist umstritten. Es handelt sich dabei um die Frage, ob ein mit einem gage automobile belastetes Fahrzeug von einem Dritten gutgläubig lasten-

19) FARGEAUD Nr. 77; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1321 S. 402.

20) Im Konkurs des Verpfänders spielt die Wahl des Pfandgläubigers zwischen der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes und der des Privilegs keine Rolle, da Art. 83 III Konkursgesetz vom 13. Juli 1967 bestimmt, das Pfandprivileg gehe allen andern Privilegien vor (EHRIG 68). Die Anwendbarkeit dieser Norm setzt allerdings ein droit de rétention voraus (RIPERT/ROBLOT II Nr. 3176; s. auch hinten § 26 I 3 a).

21) Vgl. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1319, 1294; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 519; RIPERT/ROBLOT II Nr. 2616, 3175; UNIDROIT 135; EHRIG 67 f. - Die massgeblichen Entscheide sind bei MAZEAUD/CHABAS III/1 (Lectures de la 5^e leçon S. 99 ff.) wiedergegeben.

22) Art. 2102 Ziff. 3 Cciv.; dazu MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 183 ff.; FERID II 1061 (3 D 154).

23) Vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1, Lectures de la 5^e leçon S. 104, Nr. 215; RIPERT/ROBLOT II Nr. 2616 S. 469; REINECKER/PETEREIT 165; kritisch HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1318 a.E.

24) Vgl. FARGEAUD Nr. 76, 84; UNIDROIT 133 f.; METZGER 32 f.; vorn § 23 I 1 bei N. 13 f.

25) Sein droit de préférence entspricht somit demjenigen des Faustpfandgläubigers (vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 91 S. 98, Lectures II 12^e leçon S. 228 f.; GRAVENHORST 41).

frei erworben werden kann(26) oder ob dem Pfandgläubiger ein unbeschränktes droit de suite(27) zusteht. Der Gesetzeswortlaut spricht für eine Gleichbehandlung von Automobil- und Faustpfandgläubiger(28). Andererseits unterliegen die Motorfahrzeuge infolge der Immatrikulation einer allgemeinen Eintragungspflicht, so dass der Erwerber sofort weiss, welches Register zur Ueberprüfung einzusehen ist. Daraus wird gefolgert, ein gutgläubiger Erwerb sei überhaupt ausgeschlossen(29). Nach der Rechtsprechung zerstört die Registerpublizität die Beweisvermutung des Art. 2279 I Cciv., d.h. der Erwerber eines Motorfahrzeuges, der ein eingetragenes Pfandrecht nicht kennt, ist in der Regel aus grobfahrlässiger Unkenntnis bösgläubig und daher dem Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers ausgesetzt(30). Für den Fall, dass der Dritterwerber wirklich gutgläubig ist, bejaht ein Teil der neueren Lehre das Verfolgungsrecht(31).

4. Verwertung

Der Gläubiger kann die Pfandverwertung nach den für das Handelspfand geltenden vereinfachten Regeln(32) vornehmen(33), selbst wenn er kein Kaufmann ist(34). Zudem hat er die Möglichkeit, sich das Fahrzeug zum Schätzwert zuweisen zu lassen(35), um so den vorrangigen Privilegien(36) zu entgehen(37).

26) Art. 2279 Cciv.

27) Art. 2166 Cciv.; vgl. vorn § 23 I 2 N. 17.

28) In diesem Sinn: FARGEAUD Nr. 78 f.; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1321.

29) Vgl. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 91; RIPERT/ROBLOT II Nr. 2617 und die dort zitierten Entscheide; HAMEL/LAPP 244; KURTOGLU 87; REISS, AWD 1971, 23 N. 19; unentschieden: MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 476.

30) Vgl. HAMEL/LAPP 243; REINECKER/PETEREIT 164; KAY 48; EHRIG 185; NESEMANN 28.

31) Vgl. die Nachweise in N. 29.

32) Art. 93 Ccom.; vgl. vorn 23 II 3.

33) Art. 3 des Gesetzes.

34) RIPERT/ROBLOT II Nr. 2615; FARGEAUD Nr. 76; UNIDROIT 132; DROBNIG, CNUDCI 115; KURTOGLU 90.

35) Art. 2078 Cciv.

36) Vgl. aber oben I 3 b N. 20.

37) Vgl. RIPERT/ROBLOT II Nr. 2615; MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 91 S. 98; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1320; FARGEAUD Nr. 89; UNIDROIT 134/135; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 95; KAY 47; NESEMANN 32 f.; REISS, AWD 1971, 24.

II. "Nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel"

1. Motiv und Anwendungsbereich

Um die nach 1945 erforderlich gewordene Modernisierung der industriellen und gewerblichen Anlagen zu fördern(38), hat der Gesetzgeber für den Verkäufer von Produktionsmitteln oder den finanzierenden Dritten ein weiteres konkursfestes Sicherungsmittel geschaffen(39).

Neben dem begrenzten Gläubigerkreis bestimmt die Beschränkung in der Wahl des Belastungsobjektes den Anwendungsbereich des besitzlosen Pfandrechts. Unter die vom Gesetz lediglich allgemein genannten Werkzeuge und Ausrüstungsgegenstände fallen Güter, die der Ausübung eines Berufes gleich welcher Art dienen(40). Nach der neueren Rechtsprechung des Kassationshofes können auch Ausrüstungsgegenstände belastet werden, die zur Weiterveräußerung bestimmt sind(41). Ausgeschlossen sind Motorfahrzeuge, Schiffe und Flugzeuge, für die spezialgesetzliche Sicherungsmittel zur Verfügung stehen(42).

2. Bestellung

Die Verpfändung muss bereits im Kaufvertrag oder, wenn sie zugunsten des finanzierenden Dritten geschieht, im Darlehensvertrag unter klarer Zweckbestimmung in Form einer öffentlichen oder einer mit Stempelmarke versehenen privatschriftlichen Urkunde erfolgen(43). Die Pfandbestellung muss des wei-

38) HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1092; MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 90; HAMEL/CORNU 442; FARGEAUD Nr. 105; KURTOGLU 117; REINECKER/PETEREIT 171.

39) Gesetz vom 18.1.1951 (abgedruckt bei DALLOZ, Code de commerce [71. A., Paris 1975-76] 466 ff.); zur Entwicklungsgeschichte vgl. HAMEL/CORNU 445 ff.; UNIDROIT 100 f.; KURTOGLU 118 f.; EHRIG 188 ff.; METZGER, ZHR 1952, 150 ff.

40) Vgl. im einzelnen HAMEL/CORNU 455 f.; FARGEAUD Nr. 105; UNIDROIT 102 f.; KURTOGLU 124 f.; NESEMAN 38 ff.; WESHER, AWD 1972, 609.

41) Vgl. den bei RIPERT/ROBLLOT II Nr. 2618 zitierten Entscheid; BODENSTEIN/EBERTH 90; insofern überholt GRAVENHORST 114.

42) Art. 19 des Gesetzes.

43) Art. 2 I-IV des Gesetzes; vgl. die Einzelheiten bei HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1093; FARGEAUD Nr. 108; HAMEL/CORNU 453 f.; UNIDROIT 104 f.; KURTOGLU 120 ff.; MERTENS 104; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 96; WESHER, AWD 1972, 610. - Die Schwerfälligkeit des Verfahrens zeigt sich darin, dass einzelne Formalitäten mit der bills of sale-Gesetzgebung (dazu vgl. § 19 III A 2 a) vergleichbar sind (HAMEL/CORNU 459).

teren innerhalb von 2 Monaten nach Lieferung der betreffenden Ausrüstungsgegenstände vorgenommen und spätestens 15 Tage nach Vertragsabschluss in ein spezielles Register beim "tribunal de commerce" am Wohnsitz oder Sitz des Erwerbers der Pfandgegenstände eingetragen werden(44). Die Eintragung ist konstitutiv(45). Sie sichert die Rechte des Pfandgläubigers für 5 Jahre und kann zweimal verlängert werden(46).

3. Rechtsstellung des Pfandgläubigers

Die Stellung des Pfandgläubigers entspricht in allen wesentlichen Punkten derjenigen des Gläubigers eines gage sans dépossession(47).

Der fingierte Pfandbesitz ist auch hier Grundlage eines fingierten Zurückbehaltungsrechtes(48). Dieses findet seinen Ausdruck in der schuldrechtlichen Verpflichtung des Verpfänders, die Sachen nicht ohne Einwilligung des Gläubigers zu veräußern(49). Das Verbot ist strafrechtlich geschützt(50).

Wird das Sicherungsgut dennoch veräußert, so hat der Pfandgläubiger grundsätzlich nur den nach Art. 2279 Cciv. beschränkten Herausgabeanspruch. Die Eintragung in das öffentliche Register allein genügt also nicht, um die Möglichkeit eines gutgläubigen Fahrniserwerbes auszuschalten. Das Sicherungsgut kann vielmehr erst dann nicht mehr gutgläubig von einem Dritten erworben werden, wenn ein Schild (plaque), das auf die Verpfändung unter Angabe des Pfandregisters und der Nummer der Eintragung hinweist, an dem Pfandobjekt angebracht ist(51). Dabei ist jedoch zu beachten, dass das Pfandschild dem Sicherungs-

44) Art. 3 I, II des Gesetzes; vgl. RIPERT/ROBLOT II Nr. 2618; FARGEAUD Nr. 109; KURTOGLU 122 f.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 96 f.

45) Art. 3 II des Gesetzes ("A peine de nullité, ..."); s. PLANIOL/RIPERT/BECQUE XII Nr. 272; HAMEL/CORNU 470; UNIDROIT 105; NESEMANN 36; WEHSE, AWD 1972, 610.

46) Art. 11 des Gesetzes. Die Dauer von 15 Jahren entspricht in der Regel der Amortisationszeit der Pfandobjekte (HAMEL/CORNU 472; UNIDROIT 108).

47) Vorn § 23 I 2; s. MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 86, 90; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 468, 472; FARGEAUD Nr. 117 f.; FERID II 1043 (3 D 47), 1044 (3 D 56); EHRIG 192, 194.

48) FARGEAUD Nr. 120.

49) Art. 7 I des Gesetzes; dazu HAMEL/CORNU 465 f.; FARGEAUD Nr. 112. Das Veräußerungsverbot geht weiter als das bloße Uebergabeverbot beim gage automobile (s. oben I 3 a) und bei den warrants (s. vorn § 24 II B 2 a).

50) Art. 7 I, 21 des Gesetzes i.V.m. Art. 406 Code pénal; zudem BODENSTEIN/EBERTH 90; METZGER, ZHR 1952, 156/157.

51) Art. 4 I, 7 II des Gesetzes. - Nach FARGEAUD (Nr. 124 S. 96 N. 227) wandelt sich das Pfandrecht mit der Anbringung des Pfandschildes von einem gage sans dépossession zur Mobiliarpfandhypothek.

recht lediglich eine natürliche Publizität verleiht(52), die die Legitimationswirkung des Besitzes nicht vollständig auszuschliessen vermag. Wird die unter strafrechtlichem Schutz stehende Plakette(53) vor der Veräusserung entfernt, so kann der Dritte gutgläubig sein und die Sache nach Art. 2279 Cciv. lastenfrei erwerben(54). Trotz Markierung des Pfandgegenstandes erschöpft sich mithin der Schutz des Pfandgläubigers vor einer Unterschlagung des Sicherungsgutes durch den Schuldner in einem mittels Strafdrohungen gesicherten schuldrechtlichen Anspruch gegen den Verpfänder(55).

Dem Pfandprivileg entspricht ein *droit de préférence*(56). Dem Recht auf vorzugsweise Befriedigung gehen nur die Privilegien für Gerichtskosten, Erhaltungskosten und gewisse Lohn- und Gehaltsforderungen vor. Das Pfandrecht hat demnach insbesondere Vorrang vor den Privilegien des Fiskus und der Sozialversicherung(57). Wird der Pfandgegenstand Grundstückszugehör (*immeuble par destination*)(58), so bleibt das Vorzugsrecht des Gläubigers erhalten(59). Ältere Rechte von Hypothekengläubigern gehen allerdings nur dann im Range nach, wenn diesen innerhalb von 2 Monaten nach Bestellung des Registerpfandrechtes eine Ausfertigung des Verpfändungsvertrages zugestellt worden ist(60). Die Verwertung erfolgt im übrigen in gleicher Weise wie beim *gage automobile*(61).

52) HAMEL/CORNU 467/468. (Der Rechtsbestand tritt im physischen Zustand des Pfandgegenstandes nach aussen sichtbar in Erscheinung).

53) Vgl. Art. 4 II, 21 des Gesetzes; FARGEAUD Nr. 122.

54) HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1094; FARGEAUD Nr. 123; HAMEL/CORNU 467; KURTOGLU 126/127; MERTENS 105; GRAVENHORST 42; BODENSTEIN/EBERTH 91; REINECKER/PETEREIT 173; GRAF LAMBSDORFF 340; KAY 50; EHRIG 193; von BOEHMER 221; NESEMAN 41; METZGER, ZHR 1952, 157; unentschieden: MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 90; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 472; RIPERT/ROBLOT II Nr. 2619; vgl. zudem UNIDROIT 107.

55) HAMEL/CORNU 469 (s. aber auch 478 N. 1); EHRIG 193.

56) Vgl. MARTY/RAYNAUD III 1 Nr. 472; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1094; FARGEAUD Nr. 114; HAMEL/CORNU 470; KURTOGLU 125/126.

57) Art. 9 I, II des Gesetzes; vgl. RIPERT/ROBLOT II Nr. 2619; FARGEAUD Nr. 114; MERTENS 105/106; METZGER, ZHR 1952, 160 f.

58) Vgl. hiezu MERTENS 55/56, 29; GRAVENHORST 37 N. 156, 43 N. 196.

59) Art. 8 des Gesetzes.

60) Art. 9 III des Gesetzes; vgl. FARGEAUD Nr. 114 S. 89; von BOEHMER 220; METZGER 31; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 97/98.

61) Art. 14 des Gesetzes; vgl. oben I 4; ferner UNIDROIT 107; METZGER 30; BODENSTEIN/EBERTH 91; REINECKER/PETEREIT 173; WEHSE, AWD 1972, 610.

Der gesetzliche Schutz des Pfandgläubigers(62) hat dazu geführt, dass dieses Rechtsinstitut eine der meist benutzten Mobiliarsicherheiten in Frankreich ist(63).

62) Vgl. FARGEAUD Nr. 124; EHRIG 195; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 98.

63) Vgl. FARGEAUD Nr. 135, Annexes S. 189 ff.; REINECKER/PETEREIT 173/174.

§ 26 Echte Mobiliarhypotheken

I. "Nantissement du fonds de commerce"

1. Pfandobjekt

Gegenstand des auf dem Gesetz vom 17. März 1909(1) beruhenden Pfandrechts (2) ist der "fonds de commerce". Das Gesetz enthält keine Definition dieses Begriffes(3), sondern beschränkt sich darauf, die Bestandteile, auf die sich das nantissement erstrecken kann, abschliessend aufzuzählen.

Wurde im Pfandvertrag keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, so erfasst das Pfandrecht die Firma (nom commercial), das Firmenzeichen (enseigne), das infolge des Mieterschutzes wertvolle Recht aus dem Mietvertrag (droit au bail)(4) und die Kundschaft (clientèle et achalandage)(5). Die Parteien können den Einbezug weiterer Bestandteile vereinbaren. Diese Gruppe umfasst wiederum immaterielle Güter(6), aber auch das Betriebsinventar, soweit es nicht "immeuble par destination"(7) ist(8). Warenvorräte(9), Forderungen und Grundstücke(10)

- 1) Text abgedruckt bei DALLOZ, Code de commerce (71. A., Paris 1975-1976), 427 ff.; KUNZLER 126 ff. Zur Entstehungsgeschichte vgl. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1086 bis S. 176; FARGEAUD Nr. 12 f.; KURTOGLU 94 ff.; EHRIG 130 f.; SIMITIS, AcP 1971, 96 f.; ferner DAENIKER 113 ff.
- 2) Nicht behandelt wird das (gesetzliche) Privileg des Verkäufers (s. vorn § 11 III a.E.) eines fonds de commerce; vgl. hiezu die kurzen Darstellungen bei GRAVENHORST 32 f. und EHRIG 135.
- 3) Die Umschreibung des fonds de commerce ist nicht eindeutig geklärt; vgl. dazu RIPERT/ROBLOT I Nr. 522 ff.; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1010 ff.; SONNENBERGER (zit. vorn § 23 II 1 N. 26) 115 ff.; METZGER 24 f.; von BOEHMER 210.
- 4) Vgl. hiezu RIPERT/ROBLOT I Nr. 540; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1017; REINECKER/PETEREIT 166; METZGER 25/26; KUNZLER 22 f.; EHRIG 132; SIMITIS, AcP 1971, 148/149; WEHSE, AWD 1972, 608 N. 79.
- 5) Art. 9 III des Gesetzes; vgl. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1018 ff.; RIPERT/ROBLOT I Nr. 632; FARGEAUD Nr. 14; KUNZLER 15 ff.
- 6) Vgl. Art. 9 I des Gesetzes; dazu RIPERT/ROBLOT I Nr. 544; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1019.
- 7) Vorn § 25 II 3 N. 58.
- 8) Vgl. RIPERT/ROBLOT I Nr. 541; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1025, 1181; KUNZLER 25 f.; EHRIG 134.
- 9) RIPERT/ROBLOT I Nr. 547; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1015, 1089.
- 10) HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1025; RIPERT/ROBLOT I Nr. 541, 632.

können demnach nicht Gegenstand des Unternehmenspfandrechts sein(11). Die Abgrenzung des Belastungsobjektes zeigt, dass der Schwerpunkt bei den immateriellen Werten liegt(12).

2. Bestellung

Die Verpfändung erfolgt auch hier(13) in einer notariellen oder zumindest stempelpflichtigen Privaturkunde(14). Das Pfandrecht entsteht mit der Eintragung in ein besonderes Register bei der Kanzlei des Handelsgerichtes am Sitz des Unternehmens innerhalb von 15 Tagen nach Abschluss des Pfandvertrages(15). Das nantissement hat aufgrund der konstitutiven Eintragung eine Dauer von 10 Jahren und kann vor Ablauf der Frist verlängert werden(16).

3. Rechtsstellung des Pfandgläubigers

a) Folgerecht

Die faktische Ortsgebundenheit des Handelsgeschäftes ermöglichte es dem Gesetzgeber, das Pfandobjekt weitgehend zu immobilisieren(17). Der Schritt vom Pfandrecht zur Hypothek(18) wird vollzogen, indem mit dem fingierten Pfandbesitz auch das pfandrechtliche Zurückbehaltungsrecht aufgegeben(19) und dieses

-
- 11) Vgl. auch REINECKER/PETEREIT 166; BODENSTEIN/EBERTH 92; EHRIG 134; von BOEHMER 210/211. - Da die ständig wechselnden Waren und Forderungen ausgeschlossen sind, ist die dingliche Wirkung des nantissement du fonds de commerce - im Unterschied zur floating charge (s. vorn § 20 I 4) - nicht eingeschränkt (TER MEULEN 113).
 - 12) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 58; DERS., Gutachten F 83; METZGER 25; TER MEULEN 112, 114; GRAVENHORST 25; HOFSTETTER 81.
 - 13) Vgl. vorn § 25 I 2, II 2.
 - 14) Art. 10 I des Gesetzes (s. oben I 1 N. 1).
 - 15) Art. 10 II, 11 I, 24 des Gesetzes; vgl. im einzelnen HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1088, 1072; RIPERT/ROBLOT I Nr. 633 f., 637 ff.; FARGEAUD Nr. 15.
 - 16) Art. 28 I des Gesetzes; s. auch REINECKER/PETEREIT 167; BODENSTEIN/EBERTH 92.
 - 17) Vgl. dazu ausführlich EHRIG 132 f.
 - 18) Vgl. RIPERT/ROBLOT I Nr. 631; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1086^{bis}, 1279; FARGEAUD Nr. 19 a.E.; REINECKER/PETEREIT 165 N. 41; HOFSTETTER 81/82; GROSSEN, ZBJV 1958, 341.
 - 19) RIPERT/ROBLOT II Nr. 3176; KAY 26. Dies ist auch der Grund, weshalb Art. 83 III Konkursgesetz (s. vorn § 25 I 3 a N. 20) für den Gläubiger des Unternehmenspfandrechts nicht gilt (RIPERT/ROBLOT II a.a.O.; BODENSTEIN/EBERTH 93).

durch ein unbeschränktes, sich auf das Handelsgeschäft als Einheit beziehendes droit de suite nach dem Vorbild des Art. 2166 Cciv. ersetzt wird(20). Dritte sind aufgrund der Registerpublizität des Pfandrechts geschützt. Das Verfolgungsrecht erstreckt sich jedoch nicht auf einzelne Teile des Unternehmens(21). Das Gesetz sieht deshalb - neben dem strafrechtlichen Schutz - vor, dass der Schuldner, der nach der Eintragung seine volle wirtschaftliche Handlungsfreiheit behält, dem Gläubiger Massnahmen, die die Realisierung des Pfandrechtes beeinträchtigen, anzuzeigen hat(22). Bei lastenfreier Verfügung über einzelne Teile des fonds de commerce bleibt dem Gläubiger zudem das droit de préférence am Verkaufserlös.

b) Befriedigungsrecht

Das Recht des Pfandnehmers auf vorzugsweise Befriedigung(23) steht nicht an erster Stelle der Privilegienordnung; ihm geht vor allem das Privileg des Fiskus vor(24). Grundsätzlich richtet sich aber das Rangverhältnis zwischen den eingetragenen Gläubigern nach dem Datum der Registrierung(25).

Die Verwertung des fonds de commerce erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung(26) nach einem speziellen, langwierigen Verfahren(27), bei dem die Inter-

-
- 20) Vgl. Art. 22 I des Gesetzes: "Les privilèges [...] du créancier gagiste suivent le fonds en quelques mains qu'il passe." Dem Erwerber steht aber ein Ablösungsrecht (purge) zu; vgl. hiezu KUNZLER 77 f.; METZGER 27; REINECKER/PETEREIT 168.
- 21) HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1090 S. 181 N. 1; MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 469; HOFSTETTER 81; KUNZLER 64 f.; EHRIG 133; GRAVENHORST 25 i.V.m. 32; KAY 27; SIMITIS, AcP 1971, 133; WEHSE, AWD 1972, 609 N. 84.
- 22) Art. 13 f., 20 des Gesetzes; vgl. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1090, 1075; RIPERT/ROBLOT I Nr. 642 ff., 651; KUNZLER 72 f.; FERID II 1045 (3 D 63); SIMITIS, AcP 1971, 130.
- 23) Art. 10 II des Gesetzes ("Le privilège résultant du contrat de nantissement ..."); s. auch MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 469; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1090; KURTOGLU 99/100; KAY 26.
- 24) Vgl. im einzelnen FARGEAUD Nr. 17; KUNZLER 92 ff.; BODENSTEIN/EBERTH 93; METZGER 28; WEHSE, AWD 1972, 609 N. 87; zudem HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1102. Im Verhältnis zu den "privilèges spéciaux" ist kein logisches Prinzip erkennbar (RIPERT/ROBLOT I Nr. 646).
- 25) Art. 12 I des Gesetzes.
- 26) Eine aussergerichtliche Durchsetzung ist nicht zulässig; s. demgegenüber vorn § 20 V 2.
- 27) Das Verfahren ist selten, da aufgrund der Zahlungsunfähigkeit das Unternehmen meistens im Rahmen des Konkurses verwertet wird (RIPERT/ROBLOT I Nr. 649).

essen der andern Gläubiger mit Bekanntmachungs- und Benachrichtigungspflichten des Pfandgläubigers geschützt werden(28). Abweichend von der sonstigen Regelung der Pfandverwertung(29) kann sich der Gläubiger das Unternehmen nicht an Zahlungen Statt übertragen lassen.

4. Praktischer Erfolg

Das nantissement du fonds de commerce weist eine hohe Zahl von Eintragungen auf(30). Die Banken indessen verwenden das Pfandrecht in der Regel nur als zusätzliches Sicherungsmittel(31). Zudem dient das zugunsten von Privatleuten bestellte Unternehmenspfandrecht sehr oft der Sicherung des Kaufpreises bei Veräußerung des fonds du commerce(32). Die praktische Anwendung des nantissement weicht demnach häufig vom eigentlichen Zweck der Betriebskreditsicherung ab(33).

II. "Nantissement des films cinématographiques"

Das Pfandrecht an Spielfilmen(34) ist eine echte Mobiliarhypothek(35). Die juristische Konstruktion beruht darauf, dass alle in Frankreich aufzuführenden Filme bereits in einem zentralen Register erfasst werden(36). Da dieses zugleich zur Grundlage des Verpfändungssystems gemacht wird, kann für die Pfandrechte an Filmen eine vollkommene Publizität geschaffen werden(37). Die posi-

28) Vgl. Art. 15 ff. des Gesetzes; dazu RIPERT/ROBLOT I Nr. 649 ff.; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1097 ff.; FARGEAUD Nr. 16; von BOEHMER 212 f.; SIMITIS, AcP 1971, 142/143.

29) Vgl. vorn §§ 23 II 3, 25 I 4, II 3 bei N. 61.

30) Vgl. die statistischen Angaben bei FARGEAUD, Annexes S. 180 ff.

31) KUNZLER 103 ff.; EHRIG 136.

32) FARGEAUD Nr. 19.

33) Vgl. EHRIG 136/137; s. auch DROBNIG, ZfRV 1972, 137; hinten § 35 I C 2 b.

34) Art. 31 ff. Code de l'industrie cinématographique vom 27.1.1956. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Verpfändung des Films selbst. Zu den immateriellen Pfandobjekten s. statt vieler: REINECKER/PETEREIT 169.

35) Vgl. vorn § 23 I 2; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1279; MAZEAUD/CHABAS III/1 Nr. 89; FARGEAUD Nr. 100, 103; HAMEL/PATARIN 353 ff.; REINECKER/PETEREIT 170; GRAVENHORST 25; EHRIG 139; KAY 28; a.M.: MARTY/RAYNAUD III/1 Nr. 473; KURTOGLU 104.

36) Vgl. im einzelnen HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1281; HAMEL/PATARIN 362 ff.; REINECKER/PETEREIT 170.

37) Vgl. EHRIG 138; s. auch vorn § 8 II B 1 a N. 24 i.V.m. III 1.

tive Publizitätswirkung des Registers verschafft dem Gläubiger demnach ein uneingeschränktes droit de suite(38).

38) Vgl. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET II Nr. 1283; FARGEAUD Nr. 103; HAMEL/PATARIN 373; REINECKER/PETEREIT 170; GRAVENHORST 26; EHRIG 139; KAY 28. Zur Verwertung des Pfandrechtes s. FARGEAUD Nr. 101; HAMEL/PATARIN 371 f.; REINECKER/PETEREIT 171.

4. Kapitel: ITALIEN

§ 27 Einführung

Das italienische Mobiliarpfandrecht steht dem französischen Recht nahe (1). Die Zahl der vertraglichen besitzlosen Pfandrechte ist indessen wesentlich geringer als in Frankreich.

I. Grundzüge der gesetzlichen Regelung

1. Legale Bevorzugungsgründe

Der Codice civile von 1942(2) behandelt die Realsicherheiten im 3. Titel des 6. Buches(3), das der Vermögenshaftung gewidmet ist.

Der Schuldner haftet für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten grundsätzlich mit seinem ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen(4). Reicht die Habe des Schuldners zur Befriedigung seiner Gläubiger nicht aus, so muss der Verwertungserlös anteilmässig verteilt werden. Nur die mit legalem Bevorzugungsgrund ausgestatteten Gläubiger sind vom Gleichheitsgrundsatz ausgenommen. Als "cause legittime di prelazione" anerkennt Art. 2741 II CC die Privilegien, das Pfandrecht und die Hypotheken(5).

2. Privilegien und Hypotheken

Es bestehen verschiedene Gesichtspunkte, nach denen die Privilegien von den Hypotheken unterschieden werden(6). Für die Zwecke dieser Arbeit ge-

1) COING, ZfRV 1967, 77.

2) Deutsche Uebersetzung von LUTHER/BECHER, Italienisches Zivilgesetzbuch(1942), Bd. 6 der Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht (2.A., Berlin/Tübingen 1968).

3) "Della tutela dei diritti".

4) Art. 2740 I CC.

5) Vgl. RESCIGNO 608 f.; DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS II 580 f.; TORRENTE/SCHLESINGER 430.

6) Vgl. hiezu FRAGALI, Garanzia e diritti di garanzia, Enciclopedia del diritto, XVIII (Milano 1969) 457 ff.; s. aber auch DROBNIG, CNUDCI 12: "... il n'y a pas de cloisonnement absolu entre l'hypothèque et le privilège."

nügt es, die Kriterien des Entstehungsgrundes, des Gegenstandes und der Wirkungen herauszugreifen.

Die Hypothek beruht in der Regel auf einem Rechtsgeschäft (*ipoteca volontaria*) (7); ausserdem kennt der CC aber auch Hypotheken, die kraft Gesetzes (*ipoteca legale*) oder kraft richterlicher Anordnung (*ipoteca giudiziale*) bestehen (8). Das Privileg dagegen beruht immer auf dem Gesetz. Nach der Legaldefinition des Art. 2745 CC wird das Vorzugsrecht vom Gesetz im Hinblick auf den Rechtsgrund der Forderung gewährt. In einzelnen Fällen ist die Entstehung eines Privilegs davon abhängig, dass es von den Parteien zusätzlich vereinbart wird. Die Willenseinigung der Parteien hat indessen nur die Bedeutung einer Wirksamkeitsvoraussetzung; sie bildet also nicht den Rechtsgrund für die Entstehung des Privilegs (9). Das Gesetz stattet somit gewisse Forderungen, die es für besonders schutzwürdig hält, mit einem Befriedigungsvorrecht (*diritto di prelazione*) aus (10).

Die Privilegien können an Mobilien oder Immobilien bestehen und zwar entweder an einzelnen beweglichen oder unbeweglichen Sachen (*privilegi speciali*) oder an allen Mobilien des Schuldnervermögens (*privilegi generali*) (11). Demgegenüber können Hypotheken, mit Ausnahme der registrierten beweglichen Sachen, nicht an Mobilien bestellt werden (12).

Die Privilegien gehen grundsätzlich bei einem Zusammentreffen mit Hypotheken diesen im Range vor (13). Die Rangfolge der Hypotheken untereinander richtet sich nach dem Prioritätsprinzip (14), wogegen sich die Rangfolge der

7) Vgl. Art. 2821 CC, RUBINO 236 ff.; GORLA, Art. 2821 N. 1 S. 238 f.

8) Vgl. Art. 2817, 2818 ff. CC; RUBINO 257 ff., 287 ff.; GORLA, Art. 2817 N. 1 S. 221 f., Art. 2818 N. 1 S. 231 f.

9) Vgl. DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS II 583; FRAGALI (zit. oben N. 6) 458; BODENSTEIN/JAHN 128; ungenau: FARGEAUD Nr. 198.

10) Vgl. TRABUCCHI 609: "Il privilegio non costituisce un diritto a parte, ma è una qualificazione dello stesso credito." Ferner TRIMARCHI 575; TORRENTE/SCHLESINGER 431; DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS II 582 N. 1.; Etude CNRS 86.

11) Art. 2746 CC; vgl. statt vieler: DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS II 584 ff.

12) Art. 2810 II CC; s. TORRENTE/SCHLESINGER 435, 441; GORLA, Art. 2810 N. 1, 6 S. 182, 186/187; TRABUCCHI 639/640, 247 f.; TRIMARCHI 564, 567; BARBERO II 161; GROSSEN, ZBJV 1958, 346.

13) Art. 2748 II CC; vgl. ausführlich RUBINO 387 ff.

14) Art. 2852 f. CC; vgl. RUBINO 389, 321 ff.; GORLA, Art. 2852 N. 1 und zu Art. 2853 S. 320, 323.

Privilegien untereinander nach der Art der gesicherten Forderung bestimmt(15). Die eigentliche Abgrenzungsschwierigkeit im Hinblick auf die Wirkung besteht bei den Vorzugsrechten an bestimmten beweglichen Sachen. Die Spezialprivilegien sind wie das Pfandrecht dingliche Rechte mit einem Herausgabeanspruch gegenüber Dritten ("diritto di seguito" oder "di sequela")(16). Bei den Spezialprivilegien schränken die Normen über den Gutgläubensschutz(17) das Folge-recht ein(18). Die Hypothek hingegen ist mit einem uneingeschränkten "diritto di seguito" ausgestattet(19). Die italienische Lehre trifft diese Unterscheidung weniger deutlich(20) als die französische, die klar die beiden Formen des droit de suite voneinander trennt(21). Zudem ist bei den bestehenden italienischen (echten) Mobiliarhypotheken das Publizitätserfordernis konstitutiv (22).

3. Formvorschriften bei der Bestellung des Faustpfandrechtes

Beträgt die Forderung, für die das Faustpfandrecht(23) bestellt wird, mehr als 5000 Lire, so kann der Gläubiger ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung nur geltend machen, wenn das Pfandrecht aus einer Urkunde mit sicherem Datum (scrittura con data certa) hervorgeht, die eine hinreichende Bezeichnung

-
- 15) Vgl. Art. 2777 ff. CC; TRABUCCHI 611/612; DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS II 587; TORRENTE/SCHLESINGER 432; BODENSTEIN/JAHN 127, 133 ff.
- 16) Art. 2747 II CC; s. TORRENTE/SCHLESINGER 431; DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS II 583/584; GASSNER/WOLFF, DB 1969 Beilage 10, 4 (II 2). Der dingliche Charakter kann somit nicht als Kriterium für die Abgrenzung zwischen Spezialprivileg und Mobiliarhypothek verwendet werden; vgl. aber GRAVENHORST 67; RAISER, RabelsZ 1929, 419.
- 17) Art. 1153 ff. CC.
- 18) Vgl. TORRENTE/SCHLESINGER 432; TRIMARCHI 576; DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS II 584 N. 2; BARBERO II 154.
- 19) Vgl. Art. 2808 I CC ("anche in confronto del terzo acquirente"), s. auch Art. 2644 II CC und TRABUCCHI 644; LUTHER 61. RUBINO (198) bezeichnet den Herausgabeanspruch des Hypothekengläubigers als "un vero e proprio diritto di seguito".
- 20) Vgl. z.B. FRAGALI (zit. oben N. 6) 459.
- 21) Vgl. vorn § 23 I 2 N. 17; EHRIG 33. - Dabei ist zu beachten, dass die Spezialprivilegien sehr oft Dritten gegenüber nur durchsetzbar sind, wenn sich das Belastungsobjekt an einem bestimmten Ort befindet (vgl. DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS II 584; TRIMARCHI 576).
- 22) Vgl. RUBINO 197; ferner TORRENTE/SCHLESINGER 440 und hinten § 28 I 2 b.
- 23) Zum Erfordernis der Uebergabe der Sache an den Pfandgläubiger vgl. ausführlich GORLA, Art. 2787 N. 3 S. 66 ff.; TUCCI 191 N. 39; GASSNER/WOLFF, DB 1969 Beilage 10, 2 (I 1 b, c); GRAVENHORST 50.

der Forderung und der Sache enthält(24). In der Regel bedeutet dies, dass der Pfandvertrag der beglaubigten Schriftform bedarf(25). Im Kreditverkehr der Banken genügt die einfache Schriftform(26).

II. Gegenstand der Untersuchung

1. Abgrenzung gegenüber Spezialprivilegien

Die Spezialprivilegien sind gesetzliche dingliche Sicherungsrechte(27). Sie fallen demnach aus dem Rahmen dieser Arbeit, die sich grundsätzlich auf vertragliche besitzlose Pfandrechte beschränkt(28). Die Vorzugsrechte bedürfen aber eines Hinweises, weil der italienische Gesetzgeber dem Bedürfnis nach besitzlosen Pfandrechten fast ausschliesslich in Form von spezialgesetzlich geregelten Privilegien nachgekommen ist(29). So schuf er insbesondere im Rahmen des Landwirtschaftskredites(30) und für bestimmte Betriebskredite an das Handwerk(31) sowie für einzelne Forderungen aus dem Verkauf von Maschinen verschiedene Privilegien. Die Publizität, der die Vorzugsrechte zum Teil unterworfen sind, bewirkt, dass diese Sicherungsrechte in ihren Wirkungen einer "ipoteca mobiliare"(32) gleichkommen. In diesem Zusammenhang ist das erweiterte Maschinenprivileg zu nennen(33).

2. Hinweis auf die Sicherungsübereignung

Die Zulässigkeit des Sicherungseigentums (proprietà fiduciaria) ist

24) Art. 2787 III CC; vgl. im einzelnen GORLA, Art. 2787 N. 4 S. 69 ff.; TUCCI 192/193 N. 40; BODENSTEIN/JAHN 116, 11 ff.; GASSNER/WOLFF, DB 1969 Beilage 10, 2 (I 1 e).

25) Vgl. Art. 2702-2704 CC; GRAVENHORST 50/51, 56 N. 51; SIEHR, AWD 1971, 12.

26) Art. 2787 IV CC.

27) Vgl. oben I 2.

28) Vorn § 11 III.

29) Vgl. FARGEAUD Nr. 208; BODENSTEIN/JAHN 112; s. auch TUCCI 197 f.; GRAVENHORST 112.

30) Art. 2766 CC; Gesetz vom 29.7.1929, Nr. 1509 (abgedruckt bei FUNAIOLI/RICHTER II 2052 ff.), insbes. Art. 8 f.; vgl. hiezu MURÈ, Credito agrario, Enciclopedia del diritto, XI (Milano 1962) 282 f.; DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS II 583 N. 2; FARGEAUD Nr. 196 ff.; UNIDROIT 121.

31) Art. 40 des Gesetzes vom 25.7.1952, Nr. 949 (abgedruckt bei FUNAIOLI/RICHTER II 1409 ff.); dazu FARGEAUD Nr. 206; GRAVENHORST 54, 112.

32) Oben I 2 bei N. 19.

33) Vgl. hinten § 28 II.

strittig. Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung anerkennen jedoch eine Vollrechtsübertragung zu Sicherungszwecken in der Form, dass der Schuldner dem Gläubiger eine Sache als Sicherheit unter dem vorbehaltenen Recht verkauft, die veräußerte und damit übereignete Sache(34) innerhalb einer vereinbarten Frist von höchstens 2 Jahren(35) zurückzukaufen(36). Die fiducia cum creditore in Gestalt der "vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia"(37) ist aber im italienischen Kreditverkehr von geringer Bedeutung, weil die Rechtsprechung derartige Abreden einmal auf das Vorliegen eines zur Gläubigerbenachteiligung simulierten Rechtsgeschäftes prüft(38) und zum andern häufig als Umgehung des für Hypothek und Pfandrecht geltenden Verbotes der Verfallklausel (lex commissaria)(39) deutet(40). Zudem ist umstritten, ob der Verkäufer als Sicherungsgeber im Besitz des Sicherungsgutes verbleiben darf(41). So ist es denn nicht verwunderlich, dass vornehmlich von Bankkreisen die Forderung nach einem allgemeinen(42) besitzlosen Pfandrecht erhoben wird(43).

34) Vgl. Art. 1376, 1470 CC; dazu statt vieler: GRAVENHORST 55.

35) Art. 1501 CC.

36) Vgl. TORRENTE/SCHLESINGER 185/186; BARBERO I 430 ff.; BODENSTEIN/JAHN 142; GRAVENHORST 52; SIEHR, AWD 1971, 11 N. 8.

37) Vgl. dazu im einzelnen GRECO/COTTINO, Della vendita, bei SCIALOJA/BRANCA, Commentario del Codice Civile, Art. 1470-1547 (Nachdruck der 1.A., Bologna/Roma 1972), Art. 1500-1503 N. 1 S. 273 ff.

38) COING, ZfRv 1967, 77; SIEHR, AWD 1971, 11 N. 8; einschränkend aber LUTHER 51, insbesondere die Nachweise in N. 23a.

39) Art. 2744 CC; s. TORRENTE/SCHLESINGER 435.

40) Vgl. TUCCI 189 N. 37 und die dort zitierten Entscheide; GRAVENHORST 52 N. 24; ferner TRABUCCHI 156 N. 1; die Nachweise bei GRECO/COTTINO (zit. oben N. 37), Art. 1500-1503 N. 1 S. 274 Anm. 1 Abs. 2; WACKE 69 N. 160.

41) Vgl. TUCCI 189 N. 37, 206 f.; GRAVENHORST 53, 107 N. 51; GASSNER/WOLFF, DB 1969 Beilage 10, 1 a.E.; COING, ZfRv 1967 77 (allerdings mit unklarem Beleg). Ältere Entscheide halten es für zulässig, dass der Verkäufer die Sache miet- oder leihweise behält; vgl. LUTHER 71 N. 11; KLEIN, BJM 1958, 264; zudem BODENSTEIN/JAHN 143. Nach GRAVENHORST (53) ist die Entwicklung der Rechtsfigur so sehr im Fluss, dass sich eindeutige Aussagen kaum machen lassen.

42) Zum Eigentumsvorbehalt vgl. statt vieler: MERTENS 148 ff.; GRAVENHORST 59 ff.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 174 ff.; GRAF LAMBSDORFF 364 ff.; BODENSTEIN/JAHN 143 ff.

43) Vgl. SIEHR, AWD 1971, 11 N. 8; GASSNER/WOLFF, DB 1969 Beilage 10, 6 (V); REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 190; s. auch TUCCI 206 ff.

§ 28 Besitzlose Mobiliarpfandrechte

I. Motorfahrzeughypothek

1. Anwendungsbereich

Zur Hebung des Absatzes von Motorfahrzeugen(1) wurde im Jahre 1927 ein Spezialgesetz(2) erlassen, das das Pfandrecht des Verkäufers oder eines Dritten einführt und daneben auch die sonstige Registrierung privatrechtlicher Verfügungen über das Fahrzeug regelt. Im Unterschied zum französischen *gage automobile*(3) kann die italienische Motorfahrzeughypothek(4) also sowohl die Kaufpreisforderung wie auch jede beliebige andere Forderung sichern(5).

Die Regelung erstreckt sich auf verschiedene Kategorien von Motorfahrzeugen(6). Die folgenden Ausführungen jedoch beziehen sich ausschliesslich auf die Verpfändung von Automobilen(7).

2. Bestellung

a) Rechtstitel

Das dem Verkäufer für seine Kaufpreisforderung zustehende Sicherungsrecht ist eine gesetzliche Mobiliarhypothek, d.h. bereits das Gesetz gibt den Titel

- 1) Vgl. UNIDROIT 140; DROBNIG, CNUDCI 106; RAISER, *RabelsZ* 1929, 418.
- 2) R.D.L. vom 15.3.1927, Nr. 436 (abgedruckt bei FUNAIOLI/RICHTER I 278 ff.; im folgenden zitiert als R.D.L. 1927); ferner das ausführende R.D. vom 29. 7.1927, Nr. 1814 (abgedruckt bei FUNAIOLI/RICHTER I 283 ff.; zukünftig zitiert als R.D. 1927). Die Rechtsmaterie wurde teilweise aber auch in den CC eingegliedert; vgl. die Zusammenstellung der gesetzlichen Grundlagen bei UNIDROIT 140 f.
- 3) Vgl. vorn § 25 I 1.
- 4) Art. 2810 III CC bestimmt ausdrücklich, dass die nach dem Spezialgesetz eingetragenen "privilegi" als Hypotheken gelten; vgl. hiezu RUBINO 197, 202; GORLA, Art. 2810 N. 6 S. 187; TORRENTE/SCHLESINGER 435, 441; DE RUGGIERO/MAROI/DE CUPIS II 601; BARBERO II 174; UNIDROIT 142 N. 1; GRAVENHORST 67. Die Terminologie der Spezialgesetzgebung wird deshalb in dieser Arbeit nicht verwendet.
- 5) Art. 2 III R.D.L. 1927; s. UNIDROIT 160/161; DROBNIG, CNUDCI 108; BODENSTEIN/JAHN 140; GRAVENHORST 51, 67, 101/102.
- 6) Vgl. im einzelnen UNIDROIT 142/143 f.; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 189.
- 7) Insbesondere für landwirtschaftliche Traktoren gelten zahlreiche Besonderheiten; s. hiezu ausführlich UNIDROIT 149 ff.

für dieses Pfandrecht ab(8). Die Entbehrlichkeit einer besonderen Vereinbarung der Parteien besagt aber nicht, dass das Recht automatisch entsteht, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht oder nur teilweise bezahlt(9).

Die anderen Personen eingeräumte Sicherheit kann naturgemäss nur auf einem Kreditsicherungsvertrag beruhen(10). Eine Ausnahme bildet die Motorfahrzeughypothek des den Kauf finanzierenden Dritten, da dieser in die Rechtsstellung des Verkäufers eintritt(11).

Der Kauf-, Darlehens- oder Pfandvertrag bedarf der beglaubigten Schriftform(12).

b) Registrierung

Den Registrierungsvorschriften liegt das italienische Immatrikulationssystem für Automobile zugrunde. Jedes Fahrzeug, das seinen Zulassungsschein (carta di circolazione) erhalten hat, muss im "Pubblico Registro Automobilistico" (P.R.A.) eingetragen werden. Dieses Register wird vom italienischen Automobilclub ACI bei jeder Provinzialgeschäftsstelle geführt(13). Zur Vervollständigung der Registerpublizität(14) werden alle Registereintragungen auf einem der carta di circolazione beigefügten Schriftstück (foglio complementare) vermerkt(15).

Das Pfandrecht entsteht erst mit der Eintragung im P.R.A., die innerhalb eines Jahres seit Vertragsabschluss verlangt werden muss(16). Die Eintragung

8) Art. 2 I R.D.L. 1927; s. RUBINO 203; UNIDROIT 162; GRAVENHORST 67; PAULICK 43/44.

9) Vgl. nachstehend unter I 2 b.

10) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 12, 108; DERS., RabelsZ 1974, 471.

11) Zur Natur dieser Subrogation vgl. RUBINO 204; UNIDROIT 163.

12) Art. 2 IV, 17 R.D.L. 1927; dazu im einzelnen UNIDROIT 163/164.

13) Art. 11 I, 24 R.D.L. 1927; zu den registertechnischen Einzelheiten vgl. Art. 14 R.D.L. 1927, Art. 1 ff. R.D. 1927; UNIDROIT 144 ff.; ferner DROBNIG, CNUDCI 108 ff.

14) Das Register steht jedermann zur Einsicht offen; s. Art. 11 III R.D.L. 1927, Art. 20 R.D. 1927.

15) Art. 16 R.D.L. 1927, Art. 25 R.D. 1927; vgl. RUBINO 205; UNIDROIT 146 f.; DROBNIG, CNUDCI 109, 113; Etude CNRS 52 a.E.; s. auch hinten § 34 III B 2 a.

16) Art. 2 VII R.D.L. 1927; dazu UNIDROIT 168.

ist also konstitutiv(17) und nicht blosse Drittwirksamkeitsvoraussetzung(18). Das Pfandrecht gilt zunächst nur für 5 Jahre, kann aber einmal für den gleichen Zeitraum verlängert werden(19).

3. Rechtsstellung des Gläubigers

Entscheidender Gesichtspunkt ist die rechtstechnische Angleichung des Pfandobjektes an das Grundstück. Dem Gesetzgeber kam der Umstand zustatten, dass die Motorfahrzeuge einer allgemeinen Eintragungspflicht unterliegen. Damit sind - ähnlich wie bei einem Schiff oder Luftfahrzeug(20) - die günstigsten Voraussetzungen für die Errichtung eines Registerpfandrechtes gegeben. Es lage nahe, das Motorfahrzeugpfandrecht als echte Mobiliarhypothek auszugestalten, indem die Funktionen der Besitzübertragung(21) mittels Registerpublizität erfüllt werden. Dem Gläubiger steht demgemäss ein unbeschränktes *diritto di seguito* zu(22); die positive Publizitätswirkung des Registers(23) schützt mithin den Gläubiger vor gutgläubig-lastenfreiem Dritterwerb(24).

Dem *diritto di prelazione*(25) gehen die acht in Art. 2777, 2778 Ziff. 1-7 CC aufgeführten Privilegien vor(26). Höherrangig als die Motorfahrzeughypothek

17) So RUBINO 203; UNIDROIT 161; GRAVENHORST 67 N. 127. Die Wirkungen der Registrierung sind aber umstritten; vgl. dazu die Uebersicht bei RUBINO 203 N. 29; zudem DROBNIG, CNUDCI 109/110; RAISER, *RabelsZ* 1929, 418/419.

18) Vgl. demgegenüber die mit dem traditionellen System des romanischen Rechts (s. vorn § 23 II 2 N. 28) im Einklang stehende Regelung des *gage automobyle* (vorn § 25 I 2 bei N. 9).

19) Art. 2 R.D.L. 1927; hierzu UNIDROIT 168.

20) Auch das italienische Recht kennt Mobiliarhypotheken an Schiffen und Luftfahrzeugen; vgl. dazu RUBINO 211 ff.; SPASIANO, *Ipoteca navale e aeronautica*, *Enciclopedia del diritto*, XXII (Milano 1972) 872 ff.; BODENSTEIN/JAHN 139 f.

21) Vorn § 10 I, II.

22) Art. 2 VI R.D.L. 1927; RUBINO 202; UNIDROIT 161, 171.

23) Vorn § 7 IV 1 a.

24) GRAVENHORST 66, 101, 102 N. 26; MERTENS 155; GASSNER/WOLFF, DB 1969 Beilage 10, 5 (III); DROBNIG, *ZfRV* 1972, 134; FARGEAUD Nr. 203.

25) Vorn § 27 I 1.

26) Art. 2779 CC; s. RUBINO 203; UNIDROIT 182 f.; GASSNER/WOLFF, DB 1969 Beilage 10, 5/6.

ist insbesondere das Privileg des Sacherhalters nach Art. 2756 CC(27). Gerät der Schuldner in Verzug, so kann der Hypothekengläubiger eine gerichtliche Anordnung der Beschlagnahme des Fahrzeuges beantragen(28). Innerhalb von 10 Tagen seit Zustellung des Antrages und der Verfügung muss der Schuldner Einspruch einlegen und anlässlich der folgenden Verhandlung die Zahlung der fälligen Beträge nachweisen. Andernfalls ordnet das Gericht den öffentlichen oder privaten Zwangsverkauf des Fahrzeuges an(29). In der Regel wird der freihändige Verkauf vorgezogen(30).

II. Erweitertes Privileg für Werkzeug- und Produktionsmaschinen

1. Grundform des Maschinenprivilegs

Im Unterschied zur französischen Rechtsordnung(31) kennt das italienische Recht grundsätzlich kein Verkäuferprivileg. Nach Art. 2762 I CC hat aber der Verkäufer einer Maschine im Werte von über 30'000 Lire ein Vorzugsrecht(32) für den nichtbezahlten Kaufpreis(33). Dieses Privileg muss in ein öffentliches Register beim Landgericht, in dessen Bezirk die Maschine aufgestellt ist, eingetragen werden(34). Es erlischt nach Ablauf von 3 Jahren oder mit der Entfernung der Maschine von dem Ort, an dem sie im Register eingetragen ist, sofern die Sache nicht rechtswidrig von dort entfernt worden ist(35). Trotz seiner Publizität bietet das Sicherungsrecht keinen Schutz gegen gutgläubige Dritterwerber(36).

27) Vgl. auch vorn § 25 I 3 a bei N. 22 f.

28) Das Verfahren zur Auflösung des Kaufvertrages (Art. 8 R.D.L. 1927; hiezu ausführlich UNIDROIT 175 f.) ist von geringer praktischer Bedeutung (RUBINO 210; UNIDROIT 176).

29) Art. 7 II, III, IV R.D.L. 1927; s. RUBINO 208 ff.; UNIDROIT 176 ff.; DROBNIG, CNUDCI 115.

30) UNIDROIT 178; vgl. Art. 27 R.D. 1927.

31) Vgl. Art. 2102 Ziff. 4 I Cciv.; s. auch vorn § 11 III N. 15.

32) Vgl. vorn § 27 I 2.

33) Vgl. zum Folgenden auch UNIDROIT 119/120; DROBNIG, CNUDCI 101; MERTENS 155 f.; GRAVENHORST 57/58; BODENSTEIN/JAHN 130 f.; GASSNER/WOLFF, DB 1969 Beilage 10, 4/5; SIEHR, AWD 1971, 13.

34) Art. 2762 II, 1524 II CC.

35) Art. 2763 III CC.

36) Der Privilegiencharakter ist unbestritten; vgl. statt vieler: RUBINO 198; GRAVENHORST 58.

2. Spezialregelung

Für fabrikneue Werkzeug- und Produktionsmaschinen mit einem Kaufpreis von über 500'000 Lire hat ein Gesetz von 1965(37) die Rechtsstellung des Gläubigers erheblich günstiger ausgestaltet. Von den verschiedenen Erweiterungen interessieren hier nur die Form und die Wirkung der gesteigerten Publizität.

Der Kaufvertrag bedarf der öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung der Unterschriften(38). An gut sichtbarer Stelle der Maschine ist ein gerichtlich plombiertes Schild mit dem Namen des Verkäufers, dem Maschinentyp, der Maschinenummer, dem Baujahr und dem Gerichtsbezirk anzubringen(39). Wird der Vertrag auf Verlangen einer Partei beim zuständigen Registergericht eingetragen, so wirkt diese besondere Form des Maschinenprivilegs auch gegenüber gutgläubigen Dritterwerbern(40).

37) Gesetz vom 28.11.1965, Nr. 1329 (abgedruckt bei FUNAIOLI/RICHTER VIII 436 ff.); vgl. hierzu die Sonderveröffentlichung der Rechtsabteilung des Verbandes deutscher Maschinenbauanstalten (VDMA) Nr. 1/67 (zit. nach SIEHR, AWD 1971, 13 N. 31; GASSNER/WOLFF, DB 1969 Beilage 10, 5 N. 20); zudem REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 184 ff.; BODENSTEIN/JAHN 131 f.

38) Art. 2 I des Gesetzes; DROBNIG, CNUDCI 32.

39) Art. 1 des Gesetzes; DROBNIG, CNUDCI 44; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 187; BODENSTEIN/JAHN 148.

40) Art. 3 IV des Gesetzes; GRAVENHORST 58; REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 188; BODENSTEIN/JAHN 147.

5. Kapitel: DEUTSCHLAND

§ 29 Einführung

I. Gesetzliche Regelung

1. Innerhalb des BGB

a) Faustpfandrecht

Das vertragliche Pfandrecht an beweglichen Sachen ist nach dem BGB als Besitzpfandrecht gestaltet. Es setzt zu seiner Entstehung neben der Einigung über die Bestellung des Pfandrechtes im Regelfall(1) die Uebergabe des Pfandobjektes an den Gläubiger voraus(2). Auch das BGB verlangt für die Verpfändung gesteigerte Publizität(3), da nach einhelliger Meinung die Bestellung eines Pfandrechtes im Wege des Besitzkonstitutes ausgeschlossen ist(4). Der Uebergabezwang ist zudem besonders geschützt durch § 1253 BGB, der die Rückgabe der Pfandsache an den Verpfänder dem Erlöschen des Pfandrechts gleichsetzt(5).

b) Einfacher Eigentumsvorbehalt

Die einzige vertragliche besitzlose Mobiliarsicherheit, mit der sich das BGB befasst, ist der Eigentumsvorbehalt. Nach § 455 BGB kann sich der Verkäufer, der die Ware schon übergeben, den Kaufpreis aber noch nicht erhalten hat, sichern, indem er den Eigentumsübergang von der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises abhängig macht. Der schuldrechtliche Kaufvertrag wird unbedingt abgeschlossen, die Uebereignung hingegen nimmt der Verkäufer nur auf-

1) Als Uebergabesurrogat (vgl. hiezu die Uebersicht bei STARK, Art. 924 N. 3 ff.) sind die *brevi manu traditio* (§ 1205 I Satz 2 BGB) und, falls der Verpfänder selbst nur mittelbarer Besitzer der Sache ist, die Abtretung des Herausgabeanspruches (§ 1205 II BGB) zulässig; vgl. im einzelnen WOLFF/RAISER § 163 I 1 a, b S. 679 f.

2) § 1205 I Satz 1 BGB.

3) Vgl. BAUR § 55 A I 3 b S. 534; WESTERMANN § 127 II 2 S. 636; HECK 418; WACKE 60; ferner HROMADKA 1.

4) Vgl. statt vieler: SOERGEL/AUGUSTIN, § 1205 N. 16.

5) Zur Bedeutung dieser Vorschrift vgl. WACKE 60 N. 142.

schiebend bedingt vor. Mit der suspensiv bedingten Uebereignung erwirbt der Käufer ein Anwartschaftsrecht(6). Dem § 455 BGB liegt somit der sogenannte einfache Eigentumsvorbehalt zugrunde(7). Sowohl der Kaufvertrag als auch die bedingte Uebereignung sind formlos gültig(8).

2. Sondergesetze

Ausserhalb des BGB kennt das deutsche Recht eine Anzahl vertraglicher besitzloser Fahrnispfandrechte aufgrund von Sondernormen für besondere Fälle.

Die Registerpfandrechte an Schiffen(9) und an Luftfahrzeugen(10) werden aus den bekannten Gründen(11) nicht behandelt. Daneben besteht im Gebiet der Landwirtschaft das besitzlose Pfandrecht an den Inventarstücken eines Pächters, das mit der Niederlegung des schriftlichen Vertrages(12) beim Amtsgericht des Pächterbetriebes bestellt wird(13). Ferner hat der Gesetzgeber das Registerpfandrecht an Hochseekabeln geschaffen(14). Das Pächter- und vor allem das Kabelpfandrecht sind indessen lediglich Randgebiete des deutschen Kredit-

6) Die Literatur zum Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers ist äusserst umfangreich. Vgl. BAUR § 59 V S. 593: "Kaum ein Problem des bürgerlichen Rechts ist so eingehend diskutiert worden wie dieses." Dazu SERICK I 241 ff., 303 ff.; GRAF LAMBSDORFF 48 ff.; BGB-RGRK/METZGER, § 455 N. 25; STAUDINGER/HONSELL, § 455 N. 34 ff.; MERTENS 21 N. 22; zudem HUEBNER, Zur dogmatischen Einordnung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers, NJW 1980, 729 ff.

7) SERICK I 3, im einzelnen 75 ff.; WEBER, Sicherungsgeschäfte 99 ff.

8) Vgl. GRAF LAMBSDORFF 9 (N. 12), 42 (N. 94); GRAVENHORST 81; GMUER 116; NICKEL-SCHWEIZER 57 Anm. 72.

9) Vgl. hiezu SOERGEL/ABRAHAM zum Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken vom 15.11.1940 (RGBl I 1499), § 8 N. 1 ff.

10) Vgl. die Literaturhinweise bei SOERGEL/AUGUSTIN, Einl. vor § 1204 N. 11 (e); BGB-RGRK/KREGEL, vor § 1204 N. 11.

11) Vorn § 11 I.

12) Das Früchtepfandrecht ist demgegenüber ein publizitätsloses gesetzliches Pfandrecht; vgl. hiezu BGB-RGRK/KREGEL, § 1204 N. 2; SOERGEL/AUGUSTIN, Einl. vor § 1204 N. 11 (f); NESEMANN 63 ff.; GRAVENHORST 80, 108; SIMITIS, AcP 1971, 108.

13) Pchkreditgesetz in der Fassung vom 5.8.1951 (BGBl I 494); s. SOERGEL/AUGUSTIN, Einl. vor § 1204 N. 11 (c); hiezu im einzelnen BGB-RGRK/KREGEL, § 1205 N. 8; WESTERMANN § 134 S. 664 f.; NESEMANN 80 ff.; GMUER 120 f.; GRAVENHORST 72, 102/103; FLUME 69.

14) Kabelpfandgesetz vom 31.3.1925 (RGBl I 37); dazu BGB-RGRK/KREGEL, § 1205 N. 9; GRAVENHORST 71.

sicherungsrechtes(15), die im Rahmen dieser Arbeit unberücksichtigt bleiben können. Im folgenden ist deshalb nur noch zu untersuchen, inwieweit die Praxis ein besitzloses Fahrnispfandrecht entwickelt hat.

II. Kreditpraxis

1. Sicherungsübereignung

Das BGB lässt zwar keine Pfandbestellung mit Besitzkonstitut zu(16), doch die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut(17) wird kraft ungeschriebenen Rechtes als zulässig anerkannt(18). Die vielfach erörterte Frage, ob es sich bei der Sicherungsübereignung gemäss § 930 BGB nicht um eine Umgehung der Vorschriften über die Faustpfandbestellung handelt, ist zu verneinen. Die neuere Lehre(19) hat nachgewiesen, dass der Gesetzgeber die besitzlose Sicherungsübereignung neben dem Faustpfandrecht bewusst tolerieren wollte(20). Längst hat nun die Sicherungsübereignung(21) das Fahrnispfand weitgehend verdrängt(22). Der Bedeutung in der Praxis entspricht die uferlose Behandlung des Institutes in der Literatur(23). Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die

15) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 21 N. 30a.

16) Oben I 1 a.

17) Vorn § 9 I.

18) Vgl. statt vieler: WOLFF/RAISER § 179 II 2 bei N. 9 S. 734; SERICK I 2.

19) Vgl. SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 21 mit weiteren Nachweisen; ausführlich HROMADKA 135 ff.; DERS., JuS 1980, 89 f.; WACKE 66 ff. mit Hinweisen auf die kontroverse Literatur in N. 158; GMUER 118 N. 24; WEBER, Sicherungsgeschäfte 82; s. auch WACKE, JZ 1975, 543.

20) Nach FROTZ (Gutachten 111) degradiert der Gesetzgeber mit einer solchen Inkonsequenz die gesetzlichen Abwehrmassnahmen (§ 1205 f. BGB) zum blossen Theaterdonner. FROTZ (Gutachten 110) vergleicht - nach einem Wort OTTO BAEHRS - das Gesetz mit einem Manne, der an seinem Garten eine wohlverschlossene Tür anbringt und daneben den Zaun sperrweit offen lässt.

21) Soweit nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt wird, ist im folgenden die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut gemeint (s. auch BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 51).

22) Zum sehr schmalen Anwendungsbereich des Faustpfandes s. GRAVENHORST 70; HROMADKA 3, insbes. die in N. 21 wiedergegebene Statistik; WACKE 64; s. auch KLEIN 73; DROBNIG, Gutachten F 16 ff.

23) Vgl. die Literaturangaben bei STAUDINGER/BERG (11. A.), § 929 N. 32; SOERGEL/MUEHL, § 930 vor N. 21; BAERMANN/SCHEEERER 111; ferner aus französischer Sicht FARGEAUD Nr. 209 ff.; HAMEL/SCHAEFFER 638 ff.

Sicherungsübereignung - neben andern Aufgaben(24) - die Funktion eines besitzlosen Mobiliarpfandrehtes übernommen hat(25).

2. Erstreckung des Eigentumsvorbehaltes

Der einfache Eigentumsvorbehalt(26) vermochte die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs nicht zu befriedigen. Um die Grundform des Rechtsinstitutes haben sich deshalb in der Praxis Erstreckungsformen gebildet, die eine überaus grosse Bedeutung besitzen(27). Bei diesem Ausbau des Sicherungsmittels versucht der Verkäufer als Warenkreditgeber, die künftigen Veränderungen der belasteten Güter rechtlich einzufangen und damit den Eigentumsvorbehalt über die Veränderungen hinweg zu retten. Die rechtsgeschäftliche Erfassung der Surrogate des Sicherungsgutes hat zur Bildung vertikaler Verlängerungsformen geführt(28). Das Streben des Vorbehaltsverkäufers nach einer möglichst umfassenden dinglichen Sicherung seiner Forderung gegen den Vorbehaltskäufer äussert sich aber auch in der horizontalen Erweiterung des Sicherungsrechtes(29). Hier lässt der Verkäufer die Kaufsache nicht nur für die Zahlung des Kaufpreises haften, sondern der Sicherungszweck wird von der ursprünglich gesicherten Forderung rechtsgeschäftlich auf andere Forderungen ausgedehnt(30).

Der Gesetzgeber hat sich mit den Verlängerungs- und Erweiterungsformen

24) Vgl. dazu SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 23; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 54.

25) FLUME 70; HROMADKA 5; NICKEL-SCHWEIZER 54, 57; LIVER, Eigentum 330; KLEIN, BJM 1958, 209.

26) Oben I 1 b.

27) Die Literatur zum Eigentumsvorbehalt ist kaum mehr zu überblicken; vgl. die Literaturangaben bei BAERMANN/SCHEEERER 131-136; STAUDINGER/HONSELL, Schrifttum zu § 455. Aus der Literaturflut ist insbesondere das Werk von SERICK zu nennen; Bd. IV und Bd. V/1 sind den Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung gewidmet.

28) Vgl. dazu ausführlich SERICK IV 24 ff.; BGB-RGRK/METZGER, § 455 N. 10 ff.; STAUDINGER/HONSELL, § 455 N. 52 ff.; SOERGEL/MUEHL, § 929 N. 20; DROBNIG, Gutachten F 39 ff.; zudem FROTZ, Gutachten 214/215.

29) Einen ausgezeichneten Ueberblick über die weltweit vorkommenden Erstreckungsmöglichkeiten bei vertraglichen besitzlosen Sicherheiten vermittelt DROBNIG, CNUDCI 51 ff.

30) Vgl. STAUDINGER/HONSELL, § 455 N. 65 ff.; SOERGEL/MUEHL, § 929 N. 21; DROBNIG, Gutachten F 48 ff.; WEBER, Sicherungsgeschäfte 120 f.; zudem FROTZ, Gutachten 197.

nicht befasst. In diesem Bereich fehlt denn auch eine einheitliche Terminologie(31). Das allmählich, im Zusammenspiel von Formularpraxis, Rechtsprechung und Wissenschaft entwickelte richterliche Regelwerk birgt nach wie vor erhebliche Unsicherheiten(32). Da die Geldkreditgeber ebenfalls versuchen, sich ihr eigenes Sicherungsgut so lange wie möglich als Sicherheit zu erhalten und das Sicherungsrecht horizontal hinsichtlich der gesicherten Forderung zu erweitern, entsteht bei der Sicherungsübertragung(33) die gleiche Situation wie beim Eigentumsvorbehalt(34). Die im Rahmen der folgenden Darstellung der Sicherungsübereignung aufzuzeigenden Probleme bei der Erstreckung des Sicherungsrechtes sind demnach von allgemeiner Bedeutung.

31) Vgl. dazu SERICK IV 3 ff.

32) Vgl. die Kritik von SIMITIS (AcP 1971, 153 f.) an der Rechtsprechung des BGH zur Kollision zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession; ferner die Zusammenstellung der neueren Literatur zu diesem Problem bei STAUDINGER/HONSELL, § 455 N. 76; s. auch KLEYLING, Zession - unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession - und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten (Diss. Basel 1979) 90 ff.

33) Nach der herrschenden Terminologie ist die "Sicherungsübertragung" der Oberbegriff für die Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen oder von Grundstücken, die Sicherungsabtretung (Sicherungszeession) von Forderungen und für die Sicherungsübertragung von Rechten (vgl. SERICK II 3; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 47).

34) SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 49; SERICK I 3, IV 25; GRAVENHORST 77, 82; DROBNIG, Gutachten F 48.

§ 30 Sicherungsübereignung

I. Rechtsnatur des Sicherungseigentums

1. Treuhandgeschäft

Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung handelt es sich bei der Sicherungsübereignung um ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, um eine eigennützige Treuhand des Sicherungsnehmers(1). Das Wesen der Sicherungsübereignung liegt somit darin, dass dem Sicherungsnehmer durch die Eigentumsübertragung nach aussen ein weitergehendes Recht eingeräumt wird, als zur Erreichung des von den Parteien gewollten Sicherungszweckes erforderlich wäre, während die Rechtsstellung des Sicherungsgläubigers im Innenverhältnis, also obligatorisch, diesem Zweck angepasst ist(2).

2. Nichtakzessorisches Sicherungsmittel

Im Gegensatz zum Pfandrecht ist das Sicherungseigentum mit der zu sichernden Forderung nicht akzessorisch verbunden(3). Entfällt das Akzessorietätsprinzip mit seinen "interessenfürsorglichen Auswirkungen auf den Bestand und den Fortbestand der Sicherung"(4), so bewirkt das Erlöschen der Forderung demnach nicht den Verlust des Eigentums. Im Falle einer Abtretung der gesicherten Forderung geht das Sicherungseigentum auch nicht automatisch gemäss § 401 I BGB auf den Zessionar über(5).

1) Vgl. SERICK II 47, 71 ff. mit ausführlichen Nachweisen; WESTERMANN § 43 I 1 S. 207; SOERGEL/SCHULTZE-von LASAULX, vor § 164 N. 65. Zur Kritik an der Treuhandlehre und zu anderen dogmatischen Lösungsversuchen vgl. REICH, AcP 1969, 251 ff.; WOLFF/RAISER § 179 III 1 S. 735 f.

2) Es liegt die romanistische Konstruktion des fiduziarischen Rechtsgeschäftes vor (s. KLAUSING 374). Da die Treuhand weder im BGB noch im HGB geregelt ist, sind zahlreiche Fragen umstritten; hiezu die Uebersicht bei SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 22; ferner NICKEL-SCHWEIZER 11 ff.

3) BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 54, 64; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 75 i.V.m. SOERGEL/AUGUSTIN, Einl. vor § 1204 N. 6; WEBER, Sicherungsgeschäfte 87; BAERMANN/SCHERRER 112; GRAVENHORST 74/75.

4) FROTZ, Gutachten 113.

5) BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 54; REICH 71; FLUME 75. Zur Frage, ob der Zedent schuldrechtlich verpflichtet ist, das Sicherungsgut zu übertragen, vgl. ausführlich SERICK II 369 ff.; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 75; WEBER, Sicherungsgeschäfte 87 mit Nachweisen in N. 41 f.

II. Begründung des Sicherungseigentums

1. Voraussetzungen

Die Sicherungsübereignung in der Form des § 930 BGB bedarf ausser der Einigung über den Eigentumsübergang(6) der Vereinbarung eines Besitzkonstitutes (Besitzmittlungsverhältnisses). Der dem sachenrechtlichen Vollzugsge-
schäft zugrundeliegende schuldrechtliche Sicherungsvertrag, der den Rechts-
grund für die Uebereignung bildet, bestimmt die Rechte und Pflichten der Par-
teien(7). Nach der herrschenden Lehre genügt an sich nur ein konkretes (indi-
vidualisierendes) Besitzmittlungsverhältnis(8) den Anforderungen des § 930
BGB, d.h. es muss ein den mittelbaren Besitz begründendes Rechtsverhältnis
vorliegen(9). In den bankgeschäftlichen Formularen ist dies stets ein Ver-
wahrungsvertrag, der den Verwahrer zur Anwendung der Sorgfalt eines ordent-
lichen Kaufmannes verpflichtet(10). Immer mehr setzt sich jedoch die Auffas-
sung durch, dass bereits der Sicherungsvertrag ein vollgültiges Konstitut
gemäss § 868 BGB darstellt(11).

Das gesamte Kreditsicherungsgeschäft ist formlos gültig(12); es ist in
keiner Weise publizitätsbedürftig(13).

2. Bedeutung des Abstraktionsprinzips

Das Abstraktionsprinzip(14) bezeichnet die Unabhängigkeit des dinglichen

- 6) § 929 BGB; vgl. hiez. SOERGEL/MUEHL, § 929 N. 10 ff.; BGB-RGRK/PIKART, § 929 N. 45 ff.
- 7) BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 49, 55; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 29; SERICK II 44 ff.; BAUR § 57 IV 1 S. 569; WESTERMANN § 43 III 2 S. 210; REICH 61; WEBER, Sicherungsgeschäfte 83, 87; GRAVENHORST 74; teilweise abweichend BAERMANN/SCHEERER 116/117.
- 8) Vgl. § 868 BGB.
- 9) Vgl. SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 26 i.V.m. N. 1, 12, 19; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 19 ff.; REICH 25; SERICK II 118; ferner WACKE 69 ff.
- 10) BAERMANN/SCHEERER 114.
- 11) Vgl. SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 32 und die dort zitierten Urteile; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 53; REICH 26 f.; WESTERMANN § 40 II 2 b S. 192 f.; BAUR § 57 III 1 a S. 566, § 51 V 2 S. 444 f.; WEBER, Sicherungsgeschäfte 83.
- 12) Vgl. aber den Ausnahmefall des § 311 BGB.
- 13) BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 52; WEBER, Sicherungsgeschäfte 83; GRAVENHORST 74; DROBNIG, Gutachten F 35; DERS., CNUDCI 29; s. aber unten III 2 a.
- 14) Dazu statt vieler: BAUR § 5 IV S. 40 ff.; WESTERMANN § 4 S. 21 ff.; NIK-KEL-SCHWEIZER 17 f.; KLEIN, BJM 1958, 211 ff., 249 f.

Verfügungsgeschäftes vom Bestand des Grundgeschäftes. Im deutschen Recht ist das dingliche Rechtsgeschäft grundsätzlich von seiner kausalen Zweckbestimmung losgelöst(15). Ein streng am Abstraktionsgrundsatz orientiertes Rechtsdenken dürfte demnach den Sicherungszweck bei der Eigentumsverschaffung nicht berücksichtigen. Die Rechtsprechung durchbricht jedoch dieses Prinzip, indem es zwischen Voll- und Sicherungseigentum unterscheidet(16).

III. Sicherungsgut

1. Allgemeines

Gegenstand der Sicherungsübereignung können bewegliche Sachen aller Art und Anwartschaftsrechte sein. Der für die Sicherungsübereignung geltende Bestimmtheitsgrundsatz besagt, dass Einigung und Besitzkonstitut sich auf bestimmt bezeichnete Sachen beziehen müssen(17). Bewegliche Sachen können gemäss § 930 BGB(18) übereignet werden, bevor der Sicherungsgeber selbst Eigentümer und Besitzer geworden ist. Die Vereinbarung eines vorweggenommenen (antizipierten) Besitzkonstituts ermöglicht die Uebereignung zukünftiger oder noch zu erwerbender Sachen(19). An einer einzelnen beweglichen Sache, die noch unter Eigentumsvorbehalt eines Dritten steht, erwirbt auch der gutgläubige Sicherungsnehmer zunächst kein Eigentum(20); aber das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers(21), das mit Zahlung der letzten Kaufpreisrate zum normalen Sicherungseigentum erstarkt, geht auf ihn über(22).

15) Die neuere Lehre bezeichnet diese Bedeutung des Abstraktionsgrundsatzes als "inhaltliche Abstraktion" (vgl. JAHR, Romanistik und Zivilrechtswissenschaft, AcP 1968, 16; BAUR § 5 IV 1 S. 40).

16) Vgl. REICH 16 f., 23; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 27; SERICK I 59, II 96; zudem EHMANN, Verh. des 51. DJT II, O 75 f., 94 f.; unten VI.

17) Vgl. statt vieler: SERICK II 150 ff.

18) Die folgenden Ausführungen beziehen sich stets auf die Spielart der Sicherungsübereignung, bei der der Schuldner unmittelbaren Besitz an der Sache behält (s. auch vorn § 29 II 1 N. 21).

19) Vgl. SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 3 f., 42 f.; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 26 ff., 61; REICH 29 f.; BAERMANN/SCHAEERER 115; überdies STARK, Art. 924 N. 46.

20) Vgl. § 933 BGB; hierzu im einzelnen WACKE 43 ff.; SERICK II 227 ff.

21) Vorn § 29 I 1 b bei N. 6.

22) Vgl. SERICK I 266 f.; REICH 44 f.; GRAVENHORST 75; BAERMANN/SCHAEERER 114, 116.

2. Motorfahrzeuge und Warenlager im besonderen

a) Motorfahrzeuge

Bei der Sicherungsübereignung eines Motorfahrzeuges ermöglicht der Kraftfahrzeugbrief(23) dem Sicherungsnehmer, sich weitgehend gegen gutgläubigen Erwerb Dritter zu schützen(24). Nach ständiger Rechtsprechung handelt nämlich in aller Regel grobfahrlässig gemäss § 932 II BGB, wer sich bei Verfügungen über ein gebrauchtes Kraftfahrzeug von dessen Besitzer nicht den Kraftfahrzeugbrief vorlegen lässt(25). Der Sicherungsgläubiger kann sich demnach gegen unbefugte Verfügungen seines Schuldners schützen, indem er sich den Kraftfahrzeugbrief aushändigen lässt. Andererseits sind beim Fehlen des Briefes die potentiellen Erwerber deutlich genug gewarnt und deshalb nicht schutzwürdig. Auf dem begrenzten Gebiet der Motorfahrzeuge hat das deutsche Recht mithin eine faktische Offenkundigkeit ausgebildet(26).

b) Warenlager

Die Uebereignung von Warenlagern(27) ist nur bei Beachtung des Spezialitätsprinzips(28) zulässig. Die dingliche Rechtsänderung ist - im Unterschied zur schuldrechtlichen Sicherungsabrede - bei bloss mengen-, wert- oder quotenmässiger Bezeichnung nichtig(29). Einigung und Besitzkonstitut(30) müssen sich auf ein genau bestimmtes Sicherungsgut beziehen. An der erforderlichen Bestimmtheit fehlt es, wenn ausserhalb des Vertrages liegende Umstände für die

23) Vgl. dazu SCHLECHTRIEM, Zivilrechtliche Probleme des Kraftfahrzeugbriefes, NJW 1970, 1993; UNIDROIT 193 ff.

24) Für den Gläubiger besteht die Gefahr, dass der unmittelbar besitzende Schuldner (s. unten IV 2) vertragswidrig über das Sicherungsgut verfügt (SERICK II 255 f.).

25) Vgl. BGH, NJW 1970, 653; ferner SERICK I 102, II 216 und je die dort zitierten Urteile; REICH 39; SCHLECHTRIEM (zit. oben N. 23), NJW 1970, 2088 ff.; UNIDROIT 196; DROBNIG, CNUDCI 112/113.

26) DROBNIG, Gutachten F 60; zudem GRAVENHORST 75, 100, 105; JUNG 41 N. 200.

27) Zum Warenlager als Sachgesamtheit s. SOERGEL/BAUR, vor § 90 N. 6-8.

28) Vgl. statt vieler: BAUR § 4 III S. 30 f. Die Terminologie ist uneinheitlich; s. dazu SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 33; SERICK II 150; WIEGAND 291 N. 34.

29) SERICK II 148 ff.; REICH 50 und die dort in N. 23 zitierte Literatur; GRAVENHORST 76; WEBER, Sicherungsgeschäfte 84.

30) Vgl. oben II 1 bei N. 6 f.

Identifizierung der übereigneten Gegenstände herangezogen werden müssen. Blosser Bestimmbarkeit genügt also nicht(31). Die hohen Anforderungen, die von den Gerichten an die Bestimmtheit der Sicherungsübereignung gestellt werden, beruhen auf der Schutzfunktion, zu weitgehende Sicherheiten einzudämmen(32).

Für die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand ist das antizipierte Besitzkonstitut(33) von wesentlicher Bedeutung. Die Rechtspraxis hat, um dem Bestimmtheitserfordernis zu genügen, besondere Vertragstypen entwickelt. Nach der Rechtsprechung ist es ausreichend, wenn alle in einem bestimmten Raum lagernden Waren sicherungsübereignet werden (Raumsicherungsvertrag) oder wenn die aus dem Lager zu übereignenden Sachen individuell gekennzeichnet werden (Markierungsvertrag)(34). Die Sicherungsübereignung umfasst hier nicht nur den gegenwärtigen, sondern auch den künftigen Bestand an Neuzugängen, Surrogaten und Fertigprodukten, wie er sich im Zeitpunkt der Verwertung darstellt.

IV. Rechtsbeziehungen bis zur Verwertung

Für die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien ist stets der einzelne Sicherungsvertrag (Sicherungsabrede) massgebend. Die einzige feste Regel im Innenverhältnis zwischen Sicherungsgeber und -nehmer ist der Sicherungszweck, wie ihn die Treuhandlehre versteht(35).

1. Rechtsstellung des Gläubigers

Der Sicherungsnehmer erwirbt fiduziarisches Eigentum. Nach der herrschenden Vollrechtstheorie(36) erwirbt der Fiduziar das volle dingliche Recht am

31) SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 38 ff.; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 77 ff.; BAUR § 57 III 2 b S. 567 f.; kritisch: FLUME 71; TER MEULEN 116 f.

32) WESTERMANN § 43 II 4 S. 209; s. auch nachstehend V.

33) Oben III 1 bei N. 19.

34) Vgl. dazu ausführlich SERICK II 164 ff.; REICH 52 ff.

35) Vgl. REICH 17, 82 ff.; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 55; SERICK II 62 ff.; FLUME 73; s. auch FROTZ, Gutachten 120 f.

36) Vgl. SOERGEL/SCHULTZE-von LASAULX, vor § 164 N. 71 und die ausführliche Darstellung bei NICKEL-SCHWEIZER 63 ff., insbes. die Nachweise 64 N. 5; zudem FROTZ, Gutachten 122.

Treugut. Als Eigentümer(37) hat der Gläubiger demnach auch das Verfügungsrecht über die Sache. Im Innenverhältnis ist er jedoch dem Schuldner gegenüber schuldrechtlich gebunden, sich jeder dem Sicherungszweck zuwiderlaufenden Benutzung seines Eigentums zu enthalten(38). Die dingliche Vollberechtigung des Sicherungsnehmers wird somit im Verhältnis zum Sicherungsgeber obligatorisch gebunden.

2. Rechtsstellung des Schuldners

Der Schuldner bleibt im unmittelbaren Besitz des Sicherungsgutes. Als besitzmittelnder Fremdbesitzer(39) hat er die übereigneten Gegenstände grundsätzlich als fremde Sachen zu behandeln(40). Vielfach wird nun aber bei der Uebereignung von Waren, die zur Weiterveräußerung oder -verarbeitung bestimmt sind, der Sicherungsgeber ermächtigt, über die bei ihm verbliebenen Güter im Rahmen eines ordnungsgemässen Geschäftsbetriebes zu verfügen(41).

3. Schutz gegen Aushöhlung

a) Erstreckung

Der Gläubiger wird die Verfügungsermächtigung nur erteilen, wenn sich die Sicherungsübereignung mittels Erstreckung des Sicherungsrechtes auf die Surrogate den ständigen Veränderungen der belasteten Vermögenswerte anpasst. Die dingliche Surrogation tritt zwar nach der herrschenden Meinung nicht ipso iure ein(42), das deutsche Recht ermöglicht jedoch dem Sicherungsnehmer, im

-
- 37) Zur besitzrechtlichen Stellung des Sicherungsnehmers vgl. die Theorie des mehrfach gestuften Besitzes bei WOLFF/RAISER § 8 I 1 c S. 33; dazu die Kritik bei SERICK II 133 ff.; REICH 82/83; ferner SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 51.
- 38) BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 56, 63 f.; SOERGEL/SCHULTZE-von LASAULX, vor § 164 N. 72; SERICK II 47; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 22; REICH 83, 109.
- 39) Vgl. § 872 BGB; zur Terminologie s. STARK, Art. 920 N. 2f.
- 40) BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 57; REICH 88; ferner NICKEL-SCHWEIZER 78 f.; 81.
- 41) SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 42, 44; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 58, 65; REICH 90 f.; BAERMANN/SCHEEERER 120/121.
- 42) Vgl. SOERGEL/MUEHL, Einl. zum Sachenrecht N. 50; SERICK II 84 ff.; BAUR § 57 III 2 c S. 568 f.; je mit weiteren Nachweisen.

Wege zusätzlicher Vereinbarungen die Sicherungsübereignung auf die aus der Verarbeitung der Waren entstehenden Produkte (Verarbeitungsklausel)(43) sowie auf die Forderungen aus einer Weiterveräußerung des Sicherungsgutes (Vorausabtretungsklausel) zu verlängern(44).

Eine Erweiterung(45) des Sicherungsrechtes kann in zwei Formen erfolgen. Entweder vereinbaren die Parteien, dass die Sicherungsübereignung erst mit der Tilgung aller, auch zukünftiger Forderungen aus der Geschäftsverbindung erlischt (Kontokorrentvorbehalt)(46), oder der Gläubiger unterwirft dem Sicherungsgut alle Forderungen seiner Konzerngesellschaften (Konzernvorbehalt)(47).

b) Kollisionen

Das Bemühen der Sicherungsgläubiger, ihr Sicherungsrecht an Umlaufgütern in eine oder mehrere neue Aggregatsformen zu verlängern oder es durch Forderungen zu ersetzen und zugleich das Sicherungsgut für möglichst viele Forderungen haften zu lassen, führt zu Kollisionen zwischen den verschiedenen gesicherten Gläubigergruppen, insbesondere zwischen Waren- und Geldkreditgebern. Der Zusammenstoß zwischen dem (durch Vorausabtretung) verlängerten Eigentumsvorbehalt mit der Globalzession gilt als Paradebeispiel einer solchen Kollision von Sicherungsrechten(48). Intensiv diskutiert wurde die Frage, ob bei diesem Interessenkonflikt dem Geld- oder Warenkreditgeber der Vorzug zukomme(49). Die verschiedenen Vorschläge zur Beseitigung des Prioritätsprinzips können hier nicht im einzelnen nachgezeichnet werden(50). Es genügt, als

43) Vgl. SERICK IV 115 ff.; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 45; REICH 55 f.; DROBNIG, Gutachten F 44 ff.

44) Vgl. SERICK IV 257 ff.; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 65; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 49; BAERMANN/SCHEEERER 121 f.; GRAVENHORST 77; DROBNIG, Gutachten F 39 ff.; s. auch SIMITIS, AcP 1971, 105/106.

45) Vgl. vorn § 29 II 2 bei N. 29 f.

46) Der Kontokorrentvorbehalt entspricht in seinen Wirkungen der amerikanischen "future advance clause" (s. hierzu vorn § 13 III 1); vgl. REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 383.

47) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 48 ff. Die Erweiterungsformen entsprechen denen des Eigentumsvorbehaltes (SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 49; vgl. bereits vorn § 29 II 2 bei N. 34); s. deshalb auch STAUDINGER/HONSELL, § 455 N. 66 f.

48) DROBNIG, Gutachten F 41; zudem vorn § 29 II 2 N. 32.

49) Vgl. BAUR § 59 VI S. 601 N. 1; SERICK IV 355 ff.; ferner LIVER, Eigentum 330 N. 2.

50) Vgl. hierzu ausführlich SERICK IV 382 ff.; STAUDINGER/HONSELL, § 455 N. 76 f.; zudem KLEYLING (zit. vorn § 29 II 2 N. 32) 113/114 f.

Ergebnis festzuhalten, dass die wechselvolle richterliche Abwägung der widerstreitenden Interessen der beteiligten Sicherungsnehmer mit der Ausgestaltung der Mobiliarsicherheiten zu globalen Sicherungsmitteln zusammenhängt(51).

Der zweite Interessenstreit, der das deutsche Kreditsicherungsrecht beeinflusst, ist der Konflikt zwischen gesicherten und ungesicherten Gläubigern(52). Sicherungsübereignungen benachteiligen stets die ungesicherten Gläubiger des Sicherungsgebers, da für sie die zur Sicherheit übertragenen Gegenstände als Vollstreckungsobjekte ausfallen(53). Die Rechtsprechung hat deshalb der Sicherungsübereignung hinsichtlich ihres Umfanges gewisse Grenzen gesetzt.

V. Schranken der Sicherungsübereignung

1. Sittenwidrigkeit

Mit der fehlenden Publizität der Sicherungsübereignung ist die Gefahr einer Vortäuschung der Kreditwürdigkeit verbunden(54). Gefährdet die Sicherungsabrede Drittinteressen, so ist sie bei Verstoss gegen die guten Sitten nach § 138 BGB nichtig(55). Die Sicherungsübereignung wird trotz des Abstraktionsprinzips(56) von der Nichtigkeit des Grundgeschäftes erfasst(57). Da der BGH der typisierenden Methode des RG(58) nicht gefolgt ist, beurteilt sich die Sittenwidrigkeit nach den objektiven und subjektiven Umständen des Einzelfalles(59).

Sittenwidrigkeit liegt ferner vor, wenn sich der Sicherungsnehmer auf

51) Vgl. SCHINNERER/AVANCINI II 209/210.

52) Vgl. SERICK I 17 f.; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 21; s. auch DROBNIG, Gutachten F 88 f.

53) Vgl. REICH 114.

54) BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 84; SERICK I 17; s. bereits vorn § 10 I A 2 a.

55) Vgl. im einzelnen SOERGEL/HEFERMEHL, § 138 N. 142 ff.; REICH 125 ff.; zum Schadenersatzanspruch vgl. nachstehend V 3.

56) Oben II 2.

57) Vgl. SOERGEL/HEFERMEHL, § 138 N. 45 mit Hinweisen auf abweichende Lehrmeinungen.

58) Vgl. dazu SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 86; BAERMANN/SCHEERER 118 f.; LEHMANN 3.

59) Vgl. ausführlich BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 85, 88 ff.; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 87 ff.; REICH 123 ff.; WEBER, Sicherungsgeschäfte 89; zudem SIMITIS, AcP 1971, 115; kritisch TER MEULEN 119 ff.

Kosten des Sicherungsgebers eine übermässige Sicherheit verschafft. Führt der Sicherungsvertrag zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Schuldners, so ist der Knebelungstatbestand erfüllt(60).

2. Gläubigeranfechtung

Sicherungsübereignungen, die eine ungerechtfertigte Benachteiligung anderer Gläubiger bewirken, sind sowohl innerhalb als auch ausserhalb des Konkurses anfechtbar(61). Sind nur die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit gegeben, so ist § 138 BGB nicht anwendbar(62).

3. Haftung des Sicherungsnehmers gegenüber Dritten

Der Schutz eines benachteiligten Gläubigers kann sich schliesslich aus der Haftung des Sicherungsnehmers ergeben. Nach herrschender Meinung(63) kann nämlich die Sicherungsübereignung im Einzelfall eine Vermögensübernahme i.S. von § 419 BGB darstellen, mit der Folge, dass sich der Sicherungsgläubiger einer Haftung wegen gesetzlichen Schuldbeitritts aussetzt. Ueberdies erwächst dem Gläubiger des Sicherungsschuldners bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung ein Schadenersatzanspruch nach § 826 BGB(64).

VI. Gläubigerzugriff auf das Sicherungsgut

Die Vollrechtstheorie(65) wirft das Problem auf, ob und inwieweit das

60) Vgl. im einzelnen SOERGEL/HEFERMEHL, § 138 N. 99 ff.; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 88; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 86 f.; REICH 132 ff.; FLUME 78 ff.; ferner FROTZ, Gutachten 282 ff.

61) Vgl. §§ 29 ff. KO; §§ 1 ff. Anfechtungsgesetz vom 21.7.1879 (RGBl 277). Dazu ausführlich SERICK III 134 ff.; REICH 114 ff.; BAERMANN/SCHAEERER 128 f.; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 83; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 95 f.

62) BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 94; SOERGEL/HEFERMEHL, § 138 N. 58.

63) Vgl. SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 82; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 98 ff.; SERICK III 162 ff. (mit Hinweisen auf kritische Stimmen und eigener abweichender Stellungnahme [167 ff.]); REICH 136 ff.; BAERMANN/SCHAEERER 130; GRAVENHORST 78; s. auch FROTZ, Gutachten 128.

64) Vgl. hiezu SERICK III 101 ff.; REICH 139 ff.; SOERGEL/HEFERMEHL, § 138 N. 57; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 84, 91; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 101 ff.

65) Oben IV 1; zudem SCHMIDT, Verh. des 51. DJT II, O 84 ff.

umfassende Herrschaftsrecht des Sicherungsnehmers in Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs Einbussen erleidet.

1. Vollstreckung auf seiten des Sicherungsgebers

a) Pfändung

Da der Sicherungsgeber den unmittelbaren Besitz am Belastungsobjekt behält, können seine Gläubiger in das Sicherungsgut vollstrecken. Bei der Vornahme einer Pfändung steht dem Sicherungsgläubiger nach der herrschenden Meinung(66) die Drittwiderspruchsklage(67) zu. In der Einzelvollstreckung bleibt somit das Eigentum des Sicherungsnehmers voll erhalten(68).

b) Konkurs

Fällt der Sicherungsgeber in Konkurs, so wird dem Sicherungseigentümer nur die Stellung eines Pfandgläubigers und dementsprechend nur das Recht auf abgesonderte Befriedigung(69) zugestanden(70). Die Verweigerung des Aussondierungsrechts(71) soll verhindern, dass der Sicherungsnehmer zunächst für seine persönliche Forderung die Konkursdividende entgegennimmt und gleichzeitig der Masse das Sicherungsgut entzieht. Die Abschwächung der überschüssenden Rechtsmacht des Sicherungsgläubigers im Aussenverhältnis bedeutet aber nicht die Gleichsetzung des Sicherungseigentums mit einem atypischen Pfandrecht(72).

66) SERICK III 206 ff.; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 92 und die dort zitierte Rechtsprechung; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 111; SOERGEL/SCHULTZE-von LASAULX, vor § 164 N. 78; REICH 106 ff.; WEBER, Sicherungsgeschäfte 95 ff.; TER MEULEN 124; NICKEL-SCHWEIZER 101 f.; je mit weiteren Belegen und Hinweisen auf abweichende Meinungen; zudem BAERMANN/SCHWEERER 127.

67) § 771 ZPO.

68) DERLEDER (Sicherungsübereignung und Wertausschöpfung, BB 1969, 726) spricht von einer "Sperrwirkung" des Sicherungseigentums; s. auch FROTZ, Gutachten 124 f.; SIMITIS, AcP 1971, 136.

69) § 48 KO.

70) Vgl. RGZ 124, 73, 75 und ständige Rechtsprechung; SERICK III 266; SOERGEL/SCHULTZE-von LASAULX, vor § 164 N. 77; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 94; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 112; REICH 101/102; WEBER, Sicherungsgeschäfte 98; BAERMANN/SCHWEERER 124 f.; GRAVENHORST 78; NICKEL/SCHWEIZER 101.

71) § 43 KO.

72) Dazu ausführlich REICH, AcP 1969, 257 f.; s. auch SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 94.

2. Vollstreckung auf seiten des Sicherungsnehmers

Im Konkurs des Sicherungsnehmers(73) fällt das Sicherungsgut, sofern die Forderung getilgt ist(74), nicht in die Konkursmasse. Es unterliegt gewohnheitsrechtlich der Aussonderung zugunsten des Sicherungsschuldners(75). Einzelne Autoren legen deshalb der obligatorischen Sicherungsabrede quasinglingliche Wirkung bei(76). Die zur Begründung des Aussonderungsrechtes verwendete Gegenüberstellung von "formellem" und "wirtschaftlichem" Eigentum(77) stellt aber keine strukturverändernde juristische Aufspaltung des Eigentumsbegriffes dar(78).

VII. Verwertung des Sicherungsgutes

Die Verwertung des Sicherungseigentums richtet sich nach der Sicherungsabrede. So lassen sich die Kreditinstitute in dem banküblichen Mustervertrag das Recht einräumen, das Sicherungsgut ohne Frist nach freier Wahl zu verwerten, wenn der Sicherungsgeber seinen Verpflichtungen gegenüber der Bank nicht nachkommt(79). Noch nicht ganz geklärt ist die Frage, ob die Vorschriften über die Pfandverwertung subsidiär auf das Innenverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner anzuwenden sind, wenn eine vertragliche Regelung der Verwertungsfrage fehlt(80).

73) Die Einzelvollstreckung wird nicht behandelt, da nur das im unmittelbaren Besitz des Sicherungsnehmers befindliche Sicherungsgut pfändbar ist (SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 93; WEBER, Sicherungsgeschäfte 97).

74) Die Frage, ob dem Sicherungsfiduzianten ein Aussonderungsrecht nur nach Wegfall des Sicherungszweckes zukommt, ist allerdings umstritten; vgl. SERICK III 294 ff.; NICKEL-SCHWEIZER 89 N. 8 f.

75) BGH, NJW 1959, 1223/1224; SERICK III 294; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 95; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 113; REICH 104; BAERMANN/SCHEEERER 126; NICKEL-SCHWEIZER 89.

76) Vgl. SERICK II 95; SOERGEL/SCHULTZE-von LASAULX, vor § 164 N. 81; REICH 17; ferner SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 22.

77) Vgl. BGHZ 11, 37, 41; dazu die Nachweise bei SERICK III 294 N. 86 und die Analyse von REICH, AcP 1969, 251 ff.

78) Hierzu ausführlich NICKEL-SCHWEIZER 90 ff.

79) Vgl. BAUR § 57 VII 1 S. 575; SERICK III 451 ff.; BAERMANN/SCHEEERER 123 f.; DROBNIG, Gutachten F 33; DERS., CNUDCI 87.

80) Vgl. hierzu SERICK I 97 f.; SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 59, 23; REICH 149; WEBER, Sicherungsgeschäfte 91. Für analoge Heranziehung: WOLFF/RAISER § 179 III 2 c S. 737; BGB-RGRK/PIKART, § 930 N. 75; BAUR § 57 VII 1 S. 575.

§ 31 Mängel der deutschen besitzlosen Mobiliarsicherheiten

I. Rechtsunsicherheit

Die fehlende gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung und die "stiefmütterliche Behandlung"(1) des Eigentumsvorbehaltes durch den Gesetzgeber stehen im Widerspruch zur praktischen Bedeutung dieser Institute. Das Auseinanderfallen von Gesetzestext und Rechtswirklichkeit(2) hat dazu geführt, dass die Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten ein "Dauerthema des Deutschen Juristentages"(3) geworden ist. Das Richterrecht gibt dem Sicherungsnehmer oft nur eine schwankende Rechtsposition(4). Das richterliche "trial and error"(5), das den jeweiligen Stand der wirtschaftlichen Auseinandersetzungen widerspiegelt(6), verstösst gegen die Rechtssicherheit. Die unübersichtliche Rechtslage(7) veranlasst denn auch vielfach ausländische Exporteure, im Handelsverkehr mit Deutschland auf die Vereinbarung dinglicher Sicherungsrechte zu verzichten(8).

II. Fehlende Publizität

In der Heimlichkeit der besitzlosen Mobiliarsicherheiten liegt der Ansatzpunkt für den Konflikt zwischen den gesicherten und den ungesicherten Gläubigern(9). Die Sicherungsrechte bezwecken, das Sicherungsgut dem Sicherungsgläubiger vorzubehalten, so dass die übrigen Gläubiger zur Deckung ihrer Forderungen hierauf nicht zählen können. Da die Kreditsicherheiten keiner

1) SERICK I 5; s. vorn § 29 I 1 b.

2) Vgl. WIEGAND 283.

3) STAUDINGER/HONSELL, § 455 N. 2. Das Kreditsicherungsrecht war 1976 das fünfte Mal Gegenstand der Beratungen des DJT; vgl. dazu die Uebersicht bei DROBNIG, Gutachten F 11 f.

4) LEHMANN 2.

5) DROBNIG, Gutachten F 38.

6) SIMITIS, AcP 1971, 153 f.; s. auch MERTENS 22.

7) Vgl. BGB-RGRK/METZGER, § 455 N. 1.

8) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 38.

9) SERICK I 17.

Publizität unterliegen, werden diejenigen Gläubiger getäuscht, die aufgrund der blossen Sachinnehabung zu falschen Deckungsvorstellungen gelangen(10). Die verschiedenen Reformvorschläge zur Einführung eines Registerpfandrechtes sind indessen bisher stets gescheitert(11).

Die von den verschiedenen Gläubigergruppen mit ungeahnter Intensität ausgenutzte Möglichkeit, sich besitzlose Sicherheiten gewähren zu lassen und diese zu erstrecken, verursacht eine Entleerung des Schuldnervermögens im Falle der Insolvenz des Schuldners(12). Die Auszehrung der Konkursmassen hat die Bestrebungen nach einer Reform des Insolvenzrechtes unter Zurückdrängung der Sicherungsrechte verstärkt(13).

III. Rechtsform

Die Pfandrechtsnormen des BGB erzwingen eine Uebertragung des Eigentums auf den Gläubiger. Der Schuldner ist genötigt, dem Sicherungsnehmer mehr Rechte einzuräumen, als der wirtschaftliche Zweck rechtfertigt. Diese "inadäquate Rechtsform"(14) mit ihrem Ueberschuss an Rechten ist die Quelle zahlreicher Konflikte mit dem Schuldner und mit Dritten(15). Die Diskrepanz zwischen der zivilrechtlichen Form und dem auf Sicherung beschränkten wirtschaftlichen Zweck umschreibt SERICK mit dem Bild einer "Schwankungsbreite zwischen Eigen-

10) Vgl. dazu vorn § 10 I A 2. Nach GRAVENHORST (Jus 1980, 94) allerdings ist bei der weiten Verbreitung von Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung eine Täuschung kaum mehr möglich; vgl. auch GRAF LAMSDORFF 5/6; DROBNIG, ZfRV 1972, 139.

11) Vgl. dazu die politologische Arbeit von MELSHEIMER, Sicherungsübereignung oder Registerpfandrecht (Köln/Opladen 1967); ferner SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 24; ADAMS 36 ff.; PAULICK 61 ff.; DROBNIG, Gutachten F 57 f.; HROMADKA, Jus 1980, 93. Zu den übrigen Reformbestrebungen s. die Literaturangaben bei SIMITIS, AcP 1971, 111 N. 60; SERICK I 6 f.; zudem BRANDT 203 ff.

12) Vgl. die bei DROBNIG (Gutachten F 25 ff.) widergegebenen Zahlen. KILGER (Verh. des 51. DJT II, O 34, 45) spricht vom "Konkurs des Konkurses"; zudem HANISCH, Krise des Insolvenzrechts?, BJM 1977, 161, 163 ff.; DERS., JBl. 1977, 239 f.; MEIER-CORDING, Umdenken nötig bei den Mobiliarsicherheiten!, NJW 1979, 2126 ff.; dazu die Entgegnung von KOMO, NJW 1980, 817 ff.; s. auch GOODE, ICLQ 1974, 265 ff.

13) Vgl. die Referate von HENCKEL und KILGER (Verh. des 51. DJT II, O 8 ff.); den Diskussionsbericht, ebenda O 107 ff.; DROBNIG, Gutachten F 85 ff. und SOERGEL/MUEHL, § 930 N. 21.

14) LEHMANN 2.

15) DROBNIG, RabelsZ 1974, 473; s. auch DERLEDER (zit. vorn § 30 VI 1 a N. 68), BB 1980, 245.

tum und pfandrechtsartiger Berechtigung"(16). Je nach Wertung der jeweils berührten Interessen wird der Sicherungsnehmer ausnahmsweise nicht wie der Inhaber des Vollrechts, sondern wie ein Pfandgläubiger und der Sicherungsgeber hinsichtlich des Sicherungsgutes nicht wie ein lediglich obligatorisch Berechtigter, sondern wie der Eigentümer behandelt(17). Die wichtigsten Anwendungsfälle dieser Konstruktion liegen im Bereich des Vollstreckungsrechtes(18). DROBNIG schlägt deshalb als Fernziel ein einheitliches Sicherungsrecht nach dem Vorbild des amerikanischen "security interest" vor(19), um die deutsche Rechtswissenschaft "von der historischen Fessel der artifiziellen Vollrechtsübertragung zu befreien"(20).

16) SERICK II 95.

17) Vgl. SERICK II 99 ff.; zudem COING, ZfRV 1967, 79 f.

18) Vgl. vorn § 30 VI 1 b, 2; ferner THEUERKAUF 139; SCHMIDT, Verh. des 51. DJT II, O 85 f.; REICH, AcP 1969, 257.

19) DROBNIG, Gutachten F 96; dazu vorn §§ 12 ff.

20) DROBNIG, Gutachten F 38; zur Kongruenz von schuldrechtlicher Innenbindung und sachenrechtlicher Zuordnung s. auch REICH, Reform der Kreditsicherung, JZ 1976, 467.

6. Kapitel und

§ 32 Oesterreich

I. Pfandrechts'erwerbA. Faustpfandprinzip

Für das klassische Faustpfandrecht fordert auch das österreichische Recht ausser der Einigung zwischen Pfandgläubiger und -schuldner(1) im Grundsatz die Uebergabe der Sache an den Pfandnehmer(2) oder an einen gemeinsam bestimmten Dritten als Pfandhalter(3). An der Doppelfunktion der Besitzentziehung(4) interessiert den österreichischen Gesetzgeber nur der Publizitätsgedanke(5). Die Vernachlässigung der Dispositionsentziehung mit ihren für den Pfandgläubiger verbundenen Vorteilen führt zur Zulassung der Verpfändung mittels "Zeichen"(6).

B. Symbolische Uebergabe1. Voraussetzungen

Die symbolische Uebergabe nach § 452 ABGB ist nur bei denjenigen beweglichen Sachen zulässig, die nicht körperlich übergeben werden können(7). Die Gerichte richten sich bei der Konkretisierung der Bestimmung danach, ob Verhältnisse vorliegen, die die Tradition wegen übermässiger Mühe oder Kosten

1) Zur Lehre von titulus und modus im Pfandrechtsbereich vgl. FROTZ, Gutachten 23/24; EHRENZWEIG I/2 406; GSCHNITZER IV 174; KOZIOL/WELSER II 97/98; SCHINNERER/AVANCINI II 184 N. 397.

2) § 451 I ABGB; dazu statt vieler: KLANG, § 451 I 1 S. 430. - Die Uebergabe ist Gültigkeitsvoraussetzung der Pfandrechtsentstehung und nicht blosses Sicherungsmittel gegen gutgläubigen Rechtserwerb; vgl. hiezu FROTZ, Gutachten 24 f., 29 f.; ferner nachstehend I B 2 b.

3) Vgl. im einzelnen SCHINNERER/AVANCINI II 185 f.; GSCHNITZER IV 175; EHRENZWEIG I/2 408; KLANG, § 451 I 2 S. 430 f.

4) Vorn § 10 I, II.

5) Dazu ausführlich FROTZ, Gutachten 26 f.

6) DEMELIUS 160; vgl. auch vorn § 4 II B 1 b; ferner DROBNIG, CNUDCI 44.

7) EHRENZWEIG I/2 408.

als untunlich erscheinen lassen(8). Die in der Beschaffenheit der Sache liegende Unzweckmässigkeit der körperlichen Uebergabe wird bejaht für die Verpfändung von Gesamtsachen(9) und einzelnen Gegenständen von Betriebseinrichtungen, insbesondere Maschinen(10). Motorfahrzeuge können dagegen nicht durch Uebergabe des Typenscheines verpfändet werden(11). Das Kriterium der Untunlichkeit oder Unzweckmässigkeit ist im übrigen jedoch mit einer erheblichen Beurteilungsunsicherheit verbunden(12).

Die Verpfändung muss, um gültig zu sein(13), mit Hilfe von Zeichen vorgenommen werden, woraus jeder Interessent "die Verpfändung leicht erfahren kann"(14). In der Wahl der geeigneten Publizitätsmassnahme sind die Parteien frei(15). Für die Verpfändung von Maschinen ist die Verwendung von sogen. Pfandzetteln(16) oder Pfandtäfelchen(17), die an gut sichtbarer Stelle angebracht sind, gerichtlich anerkannt(18).

2. Bedeutung der Publizitätsfunktion

a) Anwendungsbereich der Uebergabe durch Zeichen

Der Entscheid des Gesetzgebers, neben der realen die symbolische Ueber-

- 8) Vgl. die Nachweise bei KAPFER 2, § 452 N. 1; ferner KLANG, § 452 I 1 S. 435.
- 9) Vgl. SCHINNERER/AVANCINI II 187/188 f.; FROTZ, Gutachten 33; KAPFER 2, § 452 N. 5, 11 f.
- 10) Vgl. im einzelnen SCHINNERER/AVANCINI II 187, 189 f.
- 11) Vgl. die Nachweise bei KOZIOL/WELSER II 98 Anm. 1; KAPFER 2, § 452 N. 16; SCHINNERER/AVANCINI II 187 Anm. 417; FROTZ, Gutachten 32 Anm. 47; kritisch 305/306; zudem GSCHNITZER IV 175; UNIDROIT 197 ff. (mit ausführlicher Darstellung des österreichischen Immatrikulationsverfahrens); anders noch KLANG, § 452 I 1 S. 435.
- 12) FROTZ, Gutachten 32/33.
- 13) Zur Mehrdeutigkeit des letzten Satzes von § 452 ABGB s. nachstehend I B 2 b.
- 14) § 452 ABGB; s. EHRENZWEIG I/2 408/409.
- 15) FROTZ, Gutachten 34; vgl. aber nachstehend I B 3.
- 16) Vgl. KAPFER 2, § 452 N. 6.
- 17) Vgl. SCHINNERER/AVANCINI II 187.
- 18) Für weitere Kasuistik vgl. KAPFER 2, § 452 N. 7 ff.; KLANG, § 452 I 1 b & S. 435 f.; SCHINNERER/AVANCINI II 186 Anm. 412. - Die Uebergabe des Schlüssels eines Warenlagers ist nicht eine symbolische, sondern eine reale Uebergabe; so mit Recht FROTZ, Gutachten 34; SCHINNERER/AVANCINI II 188 Anm. 425; s. bereits DEMELIUS 160. Vgl. auch OPTINGER/BAER, Art. 884 N. 234 ff. (zur Verschaffung des Raumgewahrsams).

gabe der Pfandsache als Erwerbsgrund anzuerkennen, ist nur mit dem Publizitätsgedanken erklärbar(19). Aus diesem Verstoss gegen das auch dem Sicherheitsbedürfnis des Pfandgläubigers Rechnung tragende Faustpfandprinzip folgert FROTZ, es komme dem Gesetz nur auf die Erkennbarkeit der Verpfändung an. Der Vorrang der realen Uebergabe bei der Pfandrechtsbegründung beruhe lediglich auf der zeitgebundenen Vorstellung des Gesetzes, die Sachübergabe sei das beste Publizitätsmittel(20). Der Ausnahmecharakter der Uebergabe durch Zeichen werde deshalb dem Gesetz heute nicht mehr gerecht(21). Die Gerichte haben sich jedoch der von FROTZ vorgeschlagenen teleologischen, den Anwendungsbereich von § 452 ABGB ausdehnenden Auslegung nicht angeschlossen(22).

b) Inkonsequenzen im Bereich des Faustpfandrechts

Der Schlussatz von § 452 ABGB(23) setzt nicht die Unwirksamkeit einer mangelhaften symbolischen Verpfändung fest, sondern nur die Haftung für die Folgen der Nichtbeachtung der Publizitätsvorschriften. Daraus lässt sich ableiten, das Pfandrecht entstehe auch ohne erkennbare Zeichen und sei nur gegenüber gutgläubigen Dritten unwirksam(24). Die heute völlig einhellige Meinung hingegen versteht die symbolische Uebergabe als Gültigkeitsvoraussetzung der Pfandrechtsentstehung(25). Die herrschende Lehre ist also gezwungen, § 452 Satz 2 ABGB zu ignorieren(26). Auch bei der mit dem Publizitätsprinzip begründeten Unzulässigkeit, das Pfandrecht im Wege des Besitzkonstitutes zu bestellen(27), bleibt die genannte Bestimmung unbeachtet(28). Dem Gedanken der

19) Oben I A bei N. 5 f.

20) FROTZ, Fortbildung 327; DERS., Gutachten 32; vgl. auch MARTIN 58 ("... la meilleure publicité en matière mobilière consiste dans le dessaisissement du débiteur.").

21) FROTZ, Gutachten 27, 30 ff.

22) Vgl. SCHINNERER/AVANCINI II 187.

23) "Wer diese Vorsicht unterlässt, haftet für die nachteiligen Folgen."

24) Vgl. EHRENZWEIG I/2 409; FROTZ, Gutachten 25; KLANG, § 452 I 1 d S. 436 f.

25) FROTZ, Gutachten 29.

26) EHRENZWEIG I/2 409; KLANG, § 452 I 1 d S. 437.

27) Vgl. KLANG, § 452 I 2 b S. 437; EHRENZWEIG I/2 410; KOZIOL/WELSER II 98; GSCHNITZER IV 175; SCHINNERER/AVANCINI II 185 N. 405.

28) EHRENZWEIG I/2 409; FROTZ, Gutachten 36.

Offenkundigkeit widerspricht dann aber wieder der höchstgerichtliche Umkehrschluss aus § 467 ABGB, der den Vorbehalt der Pfandrechtsfortdauer bei nur vorübergehender Rückgabe der Pfandsache zulässt(29).

3. Viehverpfändung

Einen gesetzlich geregelten Anwendungsfall der Verpfändung durch Zeichen stellt das Mastkreditgesetz(30) dar. Damit das Pfandrecht entsteht, sind die verpfändeten Tiere mit einem Brandzeichen zu versehen(31). Der Eintrag im zusätzlich vorgesehenen Register ist dagegen nicht konstitutiv(32). Das sehr spezielle(33) besitzlose Pfandrecht gilt deshalb nicht als echtes Registerpfandrecht(34).

II. Sicherungsübereignung ohne Besitzübertragung

Die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung ist unbestritten(35). Wie im schweizerischen Recht(36) sind jedoch eine untaugliche und eine taugliche Ausgestaltung des Sicherungseigentums zu unterscheiden.

Die praktische Bedeutung der Sicherungsübereignung hängt davon ab, ob die Uebertragung des Eigentums zu Sicherungszwecken den für normale Eigentumsübertragungen an Mobilien aufgestellten Regeln folgt oder ob die Vorschriften über die Pfandrechtsbegründung eingreifen. Die österreichische Rechtsprechung hat die Rechtsfigur der Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut zunächst als zulässig erachtet(37). Heute ist dagegen allgemein anerkannt, dass die Siche-

29) SZ 25/89; hiezu FROTZ (Gutachten 37), der auf die konsequente Lösung von § 1253 BGB (s. vorn § 29 I 1 a bei N. 5) hinweist; s. auch KOZIOL/WELSER II 99.

30) Bundesgesetz vom 30. Juni 1932, BGBl Nr. 210 (abgedruckt bei KAPFER 2, Anhang XIV, S. 2050 ff.).

31) Art. 1 des Gesetzes; s. auch DROBNIG, CNUDCI 43/44.

32) KLANG, § 451 II 2 S. 432; GSCHNITZER IV 175.

33) Für die Einzelheiten vgl. den aus sich heraus verständlichen Gesetzestext; ferner KLANG, § 452 I 1 bß S. 436; WEISS, Eine neue Form der Viehverpfändung in Oesterreich, SJZ 1932/33, 79 ff.

34) Vgl. KLANG, § 451 II 2 S. 432; FROTZ, Gutachten 314.

35) Vgl. FROTZ, Gutachten 109; SCHINNERER/AVANCINI II 203; GSCHNITZER IV 92; EHRENZWEIG I/2 192 f.

36) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 237; vorn § 9 I 3 b.

37) Dazu FROTZ, Gutachten 105 f.; EHRENZWEIG I/2 193.

rungsübereignung nur dann gültig ist, wenn die für das Pfandrecht aufgestellten Publizitätserfordernisse eingehalten werden(38). Demnach ist die körperliche Uebergabe die Regel(39), eine symbolische Uebergabe durch Zeichen die Ausnahme(40), das bloße Besitzkonstitut jedoch zur Uebertragung von Sicherungseigentum untauglich(41). Das Sicherungsgut befindet sich somit gewöhnlich beim Sicherungsfiduziar(42). Die nähere Ausgestaltung der Sicherungsübereignung im österreichischen Recht(43) fällt deshalb aus dem Rahmen dieser Arbeit(44).

III. Eigentumsvorbehalt

1. Einfacher Eigentumsvorbehalt

Das ABGB enthält keine Regelung des Eigentumsvorbehaltes. § 1063 ABGB, der das Eigentum auch bei einem Kreditkauf bereits mit der Uebergabe der Kaufsache und nicht erst mit der Zahlung des Kaufpreises auf den Käufer übergehen lässt, ist dispositives Recht(45). Lehre und Rechtsprechung betrachten daher die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes als zulässig(46). Der Eigentums-

38) Vgl. KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV A 2 S. 459 f.; KOZIOL/WELSER II 117; FROTZ, Gutachten 112; SCHINNERER/AVANCINI II 203, 210; EHRENDWEIG I/2 194.

39) Oben I A.

40) Oben I B 1, 2 a.

41) Vgl. KAPFER 2, § 358 N. 3 ff. - Die Sicherungsübereignung ist zwar obligatorisch, nicht aber sachenrechtlich wirksam; s. HOYER, Verh. des 51. DJT II, O 55; HOLZHAMMER, Oesterreichisches Zwangsvollstreckungsrecht (Wien/New York 1974) 123; PETSCHEK/REIMER/SCHIEMER, Das österreichische Insolvenzrecht (Wien 1973) 284.

42) Das deutsche Sicherungseigentum (s. vorn § 30) wird in Oesterreich nicht anerkannt; vgl. den in ZfRV 1973, 49 ff. abgedruckten Entscheid und die Bemerkung hiezu von MARTINY, a.a.O. 51 f., 58 f.

43) Dazu KOZIOL/WELSER II 117 ff.; SCHINNERER/AVANCINI II 201 ff.; FROTZ, Gutachten 112 ff.; MAGERSTEIN, Die Behandlung des Sicherungseigentums und der Sicherungsübereignung im österreichischen Rechtsgebiet, JBl 1955, 5 ff.; zudem die bei Frotz, Gutachten 11 N. 5 zit. Literatur.

44) Vgl. vorn § 11 II.

45) KOZIOL/WELSER II 121.

46) Vgl. die Nachweise bei KAPFER 2, § 1063 N. 4; zudem FROTZ, Gutachten 129; SCHINNERER/AVANCINI II 234; GSCHNITZER IV 93; KOZIOL/WELSER II 120 f.; s. auch MERTENS 174 ff. (z.T. allerdings veraltet); REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 291 ff.; GRAF LAMBSDORFF 376 ff.

vorbehalt ist heute im österreichischen Ratengesetz(47) ausdrücklich erwähnt (48). Der Eigentumsvorbehalt bedarf einer spätestens mit der Uebergabe(49) der Kaufsache(50) zustande gekommenen Vereinbarung, für die eine bestimmte Form aber nicht vorgeschrieben ist. Die Sicherungsfunktion des Eigentumsvorbehaltes wirft die Frage auf, warum der Eigentumsvorbehalt als besitzlose Mobiliarsicherheit nicht den gleichen Publizitätsvorschriften unterliegt wie die Sicherungsübereignung(51).

Der formal-begriffliche Unterschied, dass beim Eigentumsvorbehalt das Eigentum zur Sicherung zurückbleibt, wogegen es bei der Sicherungsübereignung zur Sicherung übertragen wird, fällt als Rechtfertigungsgrund für die unterschiedliche Behandlung der beiden Mobiliarsicherheiten von vornherein ausser Betracht(52). Der Grund für die Durchbrechung des Publizitätsprinzips wird vielmehr einmal in der im Verhältnis zur Sicherungsübereignung geringeren Gefährlichkeit des Eigentumsvorbehaltes für den Rechtsverkehr gesehen. Dem potentiellen Gläubiger sei es durch Ueberprüfung der Rechnungen und Zahlungsbelege über den Ankauf der Sache faktisch möglich, das Bestehen und Erlöschen von einfachem Vorbehaltseigentum festzustellen(53). Zudem ermögliche der Eigentumsvorbehalt eine Annäherung an das dem Synallagma entsprechende gesetzliche Prinzip der Leistung Zug um Zug(54). Die Begünstigung der Kauf-

47) Art. 10 I Ziff. 9 Bundesgesetz vom 15.11.1961, BGBl Nr. 279, über das Abzahlungsgeschäft (Ratengesetz); abgedruckt bei KAPFER 2, Anhang XVIII 2097 ff. Dazu ausführlich MAYRHOFER, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz (Wien/New York 1966) 113 ff.

48) Vgl. überdies § 297a ABGB, der den Eigentumsvorbehalt implizit anerkennt, da er speziell auf die Verbringung einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache auf das Grundstück des Käufers zugeschnitten ist (s. FROTZ, Gutachten 129, 141; SCHINNERER/AVANCINI 235 ff.; MERTENS 174; ferner DROBNIG, CNUDCI 79).

49) Dazu ausführlich KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV A 3 c S. 477; s. bereits vorn § 9 II B 3 N. 53.

50) Die Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes für den Geldkredit (vgl. FROTZ, Gutachten 128 f.) ist gegenüber der Situation von 1970 deutlich gesunken; s. hiezu SCHINNERER/AVANCINI II 234 N. 661.

51) Vgl. MARTINY (zit. oben II N. 42), ZfRV 1973, 58; HOYER, Verh. des 51. DJT II, O 55; s. auch DROBNIG, CNUDCI 29.

52) Vgl. KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV A 2 S. 461, 466; KOZIOL/WELSER II 122.

53) Dazu im einzelnen MAYRHOFER, OeJZ 1969, 202; KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV A 2 S. 461/462.

54) §§ 1052, 1062 ABGB; vgl. KOZIOL/WELSER II 122; FROTZ, Gutachten 166, 204, 213.

preisforderung erscheine von jenem dem Gesetz selbst zugrundeliegenden Gerechtigkeitsgedanken her gerechtfertigt(55). Das von einem Teil der Lehre vorgebrachte Argument, der Eigentumsvorbehalt entziehe keine Sache dem allgemeinen Haftungsfonds, sondern setze nur eine neu hinzugekommene nicht dem allgemeinen Zugriff aus(56), überzeugt dagegen nicht. Für die Gläubiger des Käufers ist nämlich die nicht eingetretene Vermehrung des Schuldnervermögens, auf die sie nach den ihnen erkennbaren Umständen vertrauen durften, ebenso gefährlich wie die unerkennbare Verringerung ihres Haftungsfonds(57).

Die herrschende Lehre betrachtet also die publizitätslose und die Gläubigergleichheit missachtende Zulassung des Eigentumsvorbehaltes - wenn auch mit unterschiedlicher Begründung - als sachlich gerechtfertigt(58). Es ist somit festzuhalten, dass bei der Sicherungsübereignung Publizität gefordert wird, nicht aber beim Eigentumsvorbehalt.

2. Erstreckung

a) Erweiterter Eigentumsvorbehalt

Wird der Eigentumsübergang von der Zahlung anderer Forderungen als der Kaufpreisforderung abhängig gemacht(59), so treffen die dargelegten Argumente nicht zu. Die in der Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes bei Ausschluss der Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut liegende Privilegierung des Warenkreditgebers gegenüber dem Geldkreditgeber ist ungerechtfertigt, sobald die Verknüpfung des Eigentumsvorbehaltes mit der Kaufpreisforderung fehlt. Denn nur der Warenkredit in Form des einfachen Eigentumsvorbehaltes lässt sich aufgrund einer leichten Beweisführung auf bestimmte gegenwärtige Vermögenswerte des Schuldners beziehen und steht in einem wegen des Synallagma-Gedankens rechtlich erheblichen Zusammenhang mit einer bestimmten Sache(60). Der erweiterte Eigentumsvorbehalt bedroht demgegenüber den Verkehrsschutz als

55) Vgl. dazu die Ausführungen von KLANG/BYDLINSKI (§ 1063 IV A 2 S. 464 f.) zum Gedanken der "Wertverfolgung".

56) Vgl. KOZIOL/WELSER II 122; FROTZ, Gutachten 166/167.

57) Vgl. KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV A 2 S. 463.

58) Vgl. HOYER, Verh. des 51. DJT II, O 56 f.

59) Vorn § 29 II 2 bei N. 29 f., s. auch § 30 IV 3 a bei N. 46 f.

60) Vgl. KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV A 2 S. 465.

Zweck des Publizitätsprinzips der dinglichen Sicherungsrechte im gleichen Ausmass wie die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut(61). Wegen der Unwirksamkeit der publizitätslosen Sicherungsübereignung im österreichischen Recht(62) muss die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes daher auf erhebliche Bedenken stossen. Die Lehre(63) und die neuere Rechtsprechung(64) lassen denn auch die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes an den pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften scheitern.

b) Verlängerter Eigentumsvorbehalt

Das Bedürfnis nach vertikaler Verlängerung ist besonders ausgeprägt beim Eigentumsvorbehalt an Werten des Umlaufvermögens. Mit der Erstreckung des Sicherungsrechtes in die nächstfolgende Wirtschaftsstufe sichert sich der Vorbehaltskäufer gegen die Gefahren ab, die ihm aus der dem Schuldner eingeräumten Verfügungsbefugnis erwachsen(65). Als rechtsgeschäftlich erfassbare Surrogate des Sicherungsgutes bieten sich die durch Verarbeitung entstandene neue Sache sowie die Kaufpreisforderung oder der Barerlös aus der Weiterveräußerung an(66). Vor den Gefahren der Verarbeitung(67) schützt die Verarbeitungsklausel. Erfolgt der Weiterverkauf gegen Barzahlung, so kann sich der Vorbehaltsverkäufer den Erlös im Wege des antizipierten Besitzkonstitutes übereignen lassen(68). Die Vorausabtretung der Preisforderung schliesslich kommt zur An-

61) Vgl. MAYRHOFER, OeJZ 1969, 199.

62) Oben II.

63) Dazu ausführlich KLANG/BIDLINSKY, § 1063 IV A 2 S. 465/466 f., IV B S. 677 ff.; KOZIOL/WELSER II 127; FROTZ, Gutachten 210 ff.; SCHINNERER/AVANCINI II 241; HOYER, Verh. des 51. DJT II, O 57 f.; s. bereits REICHARD/KUEHNEL/WITTIG/GREBNER 299; GRAF LAMSDORFF 381.

64) SZ 46/38; zur älteren Rechtsprechung s. FROTZ, Gutachten 205 ff.

65) Vgl. vorn §§ 15 I bei N. 10 f.; 30 IV 2, 3 a.

66) Vgl. KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV C 1 S. 687; FROTZ, Gutachten 214/215.

67) Dazu ausführlich SCHINNERER/AVANCINI II 239 f.; KOZIOL/WELSER II 124 f. Bei Heranziehung älterer Literatur ist zu beachten, dass nach der neuesten Rechtsprechung (EvBl 1977/26) der Eigentumsvorbehalt durch Verarbeitung nicht erlischt, sondern Miteigentum entsteht; vgl. bereits KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV A 7 e S. 628 ff.; FROTZ, Gutachten 188 ff.

68) Dazu im einzelnen KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV C 3 S. 694 ff.; FROTZ, Gutachten 221 ff.; KOZIOL/WELSER II 126, 25; s. auch vorn § 30 III 1 bei N. 19, III 2 b bei N. 33.

wendung, wenn es sich bei der Weiterveräußerung um einen Kreditkauf handelt(69).

Die Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehaltes erstrecken das Sicherungsrecht hinsichtlich des Sicherungsgutes zugunsten der Kaufpreisforderung. Diese publizitätslose Sicherheit enthält also keine Privilegierung beliebiger Forderungen. Die zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung von Sicherungsübereignung und einfachem Eigentumsvorbehalt im Hinblick auf das Publizitätsprinzip vorgebrachten Argumente(70) sind deshalb auch für den verlängerten Eigentumsvorbehalt gültig.

IV. Reformbestrebungen

Die österreichische Industrie bemüht sich seit langem, den mittelständischen Unternehmen ohne Grundstücksvermögen mit der Einführung eines Mobiliarpfandregisters zu helfen(71). Die praktischen Schwierigkeiten der näheren Ausgestaltung eines solchen Registerpfandrechtes verhinderten jedoch die Verwirklichung der in Abständen immer wieder aufkommenden Reformvorschläge(72).

Das von FROTZ dem 4. OeJT (1970) erstattete Gutachten über "Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts"(73) löste eine neue Diskussion aus. Der in diesem Gutachten enthaltene Vorschlag, ein Registerpfandrecht an Einzelsachen(74) und daneben ein an die Regelung des amerikanischen "security interest" angelehntes Unternehmenspfandrecht(75) einzuführen, bewirkte verschiedene Gesetzesentwürfe(76). Inzwischen sind die Pläne zur Einführung eines Registerpfandrechtes einmal mehr im rechtlichen Alltag untergegangen(77).

69) Die sich bei der vorweggenommenen Sicherungsabtretung stellenden Probleme der Bestimmtheit und der Publizität überschreiten den Bereich der Mobiliarsicherheiten. Vgl. hiezu KLANG/BYDLINSKI, § 1063 IV C 2 S. 689 ff.; FROTZ, Gutachten 218 ff.; SCHINNERER/AVANCINI II 240; KOZIOL/WELSER II 126, 119 f.; s. auch GRAF LAMBSDORFF 380; GRAVENHORST 109; ferner KLEYLING (zit. vorn § 29 II 2 N. 32).

70) Oben III 1.

71) Vgl. FROTZ, Gutachten 10 N. 3, 308; s. auch RAUCH 157.

72) FROTZ, Fortbildung 324.

73) Zur Entstehung s. FROTZ, Gutachten 14.

74) FROTZ, Gutachten 307 ff.

75) FROTZ, Gutachten 315 f.

76) Vgl. FROTZ, Fortbildung 324 ff.; SCHINNERER/AVANCINI II 210 N. 547; DROBNIG, ZfRV 1972, 130.

77) Vgl. SCHINNERER/AVANCINI II 187 N. 413.

Vierter Teil: REFORMUEBERLEGUNGEN

§ 33 Ausgangslage

I. Mängel des geltenden Rechts

1. Faustpfandprinzip

Das Faustpfandrecht gewährt dem Gläubiger, indem es ihm den Besitz an der Pfandsache verschafft und diese damit nur den natürlichen, im Sicherungsgut selbst angelegten Veränderungen unterliegt, den stärksten Schutz vor Beeinträchtigungen seines Rechtes(1). Dem Sicherheitsinteresse des Gläubigers steht das Interesse des Verpfänders an der Beibehaltung ihm unentbehrlicher oder zumindest nützlicher Sachen gegenüber(2). Das Faustpfandprinzip erweist sich nämlich überall dort als unbrauchbar, wo der kreditbedürftige Schuldner ausser den für die Fortführung seines Betriebes notwendigen Gegenstände keine weiteren Realwerte besitzt, die er dem Gläubiger zur Sicherheit überlassen könnte. Mit dem Entzug der Verfügungsmöglichkeit entfällt die Nutzbarmachung der Pfandgegenstände im Bereich des Pfandschuldners. Die Uebertragung des Pfandbesitzes erschwert also zudem die Rückzahlung der Schuld(3).

Die Versuche, die Antinomie der Interessen von Pfandgläubiger und Pfandschuldner zu lösen, ändern je nach Zeit und Ort der Rechtssysteme. Die sich immer wieder von neuem stellende Frage wird deshalb bisweilen mit derjenigen nach der Quadratur des Zirkels verglichen(4). Vor allem in Zeiten allgemeiner Kreditnot(5) wird das Faustpfandprinzip heftig kritisiert. Die in ihm enthaltene Bevorzugung der Gläubigerinteressen wird als "Mangel an juristischem Taktgefühl des Gesetzgebers"(6) oder als ein die beati possidentes einseitig begünstigendes "Stück sozialen Unrechts"(7) bezeichnet(8).

1) Vorn § 10 II.

2) OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 83; WAHL/BLOMEYER 589; ADAMS 31.

3) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 7; DERS., Gutachten F 33; FROTZ, Fortbildung 323; REINECKER/PETEREIT 146; SIMITIS, AcP 1971, 95.

4) Vgl. OFTINGER, ArchLR 1938, 132; s. auch DOSKOTZ 1.

5) Vgl. HROMADAKA 135 ff.; PAULICK 32; DOSKOTZ 2; FREUND 34 f.

-
- 6) WEISWEILER 7; vgl. auch Erl II 332/333: "Wägt man Gründe und Gegengründe gegeneinander ab, so kann man sich dem Eindruck nicht verschliessen, dass der vollständige Ausschluss der Mobiliarhypothek über das Ziel, das man im Auge hat, hinausschiesst."
- 7) KRUECKMANN, Arch.bürg.R. 1894, 167.
- 8) Vgl. FROTZ, Gutachten 105.

Das Faustpfandprinzip wirkt sich aber auch für den Gläubiger nachteilig aus. So kann sich ihm das Problem stellen, wie die verpfändete Ware zweckmässig einzulagern ist(9); ferner erhöht die Besitzübertragung die Kosten und vermehrt während des Transportes der Pfandsache die Gefahren eines Unterganges derselben(10).

2. Instrumentarium und Bedarfsdeckung

Zur Darstellung der im schweizerischen Recht bestehenden Möglichkeiten, für Kredite besitzlose Sicherheiten an Mobilien zu bestellen, ist es zweckmässig, von der Sicherung beliebiger Forderungen den Sonderfall der Sicherung einer Kaufpreisforderung zu unterscheiden(11). Die Spezialregelungen über Luftfahrzeuge und Schiffe bleiben dabei wiederum ausserhalb der Betrachtung(12).

a) Darlehenskredit

Im Bereich des Geldkredites ist das Vieh hypothekarisch verpfändbar(13). Die Viehverschreibung spielt jedoch im Rahmen der gesamtschweizerischen Kreditwirtschaft bei stetig sinkender Zahl der Eintragungen nur eine untergeordnete Rolle(14). Abgesehen von diesem punktuellen Eingriff des Gesetzgebers(15) können keine Mobilien als besitzlose Sicherheiten für Darlehenskredite verwendet werden. Namentlich bei Darlehen an die gewerbliche Wirtschaft besteht mithin eine Lücke der Kreditsicherung(16).

9) OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 200; DROBNIG, CNUDCI 8; s. zudem vorn § 10 I A 2 a bei N. 13.

10) Vgl. WEISWEILER 6/7; GROSSEN, ZBJV 1958, 355; SIMITIS, AcP 1971, 95.

11) Vgl. aber die englische Kritik an der Differenzierung zwischen Darlehens- und Warenkredit; s. vorn § 22 II 2 b N. 25.

12) Vgl. vorn §§ 8 vor I bei N. 5 ff., 11 I.

13) Dazu vorn § 7.

14) Ende 1965 bestanden 3'679 Viehverschreibungen mit einem Schuldbetrag von insgesamt Fr. 23'994'000. Bis zum 31. Dezember 1978 hat sich der Bestand auf 1'131 Verschreibungen für zusammen Fr. 17'501'000 verringert (vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1979, 297); s. auch OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 7; GMUER 120; KADERLI 184; ferner OFFINGER 32 f.

15) Vgl. vorn § 5 III 2, 4.

16) Zum Vergleich mit der Situation in der EWG (Stand 1972) s. GRAVENHORST 111 f.

b) Warenkredit

Beim Warenkredit steht der Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel zur Verfügung(17). Er ist die einzige wirksame Verkäufersicherheit, da neben dieser gesetzlich ermöglichten Sicherung nicht schon der Gesetzgeber selber die Initiative ergriffen und die Interessen des Veräußerers in Form eines Rückforderungsrechtes, einer Vertragsauflösung mit dinglicher Wirkung oder eines Verkäuferprivilegs(18) wahrgenommen hat(19).

Der Kreis der Gegenstände, an denen ein Eigentumsvorbehalt begründet werden kann, ist grundsätzlich nicht beschränkt(20). Die Schweiz gehört somit in die Staatengruppe, die neben einem sachlich limitierten Sicherungsrecht noch ein sachlich unbegrenztes Sicherungsrecht in der Gestalt des Eigentumsvorbehaltes aufweist(21). Dieses Mischsystem beinhaltet eine Begünstigung der dinglichen Sicherung des Lieferantenkredites gegenüber den Sicherungsmitteln für den Geldkredit(22).

II. Vorschläge zur Rechtsvereinheitlichung (23)

Angesichts der praktischen Bedeutung der besitzlosen Mobiliarsicherheiten im wachsenden grenzüberschreitenden Rechtsverkehr(24) haben sich die Bemühungen um eine Harmonisierung der Sachnormen oder zumindest der Kollisionsnormen für diesen Rechtsbereich verstärkt. Mit der Frage, auf welche Weise Rechtsverluste an mobilen Sicherheiten(25) im internationalen Verkehr vermieden werden können, haben sich in jüngster Zeit die Kommission der Vereinten

17) Vorn § 9 II A.

18) Vgl. vorn § 11 III; MERTENS 27 ff.; KLEIN 74 N. 40.

19) Vgl. FROTZ, Gutachten 17 f.; GRAVENHORST 113; DROBNIG, CNUDCI 97 f.

20) Zu den Ausnahmen s. HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 21 ff.

21) DROBNIG, CNUDCI 20, 22; DERS., ZfRV 1972, 135.

22) DROBNIG, ZfRV 1972, 135; DERS., RabelsZ 1974, 474; ferner FROTZ, Gutachten 304 f.; GRAVENHORST 104; SIMITIS, AcP 1971, 145.
In Oesterreich wirkt sich diese Bevorzugung auch im Hinblick auf das Publizitätsprinzip aus; s. dazu vorn § 32 III 1, 2 b.

23) Zum Problem der Rechtsvereinheitlichung im allgemeinen s. DAVID, International Encyclopedia of Comparative Law, volume II, chapter 5 (The International Unification of Private Law), (Tübingen usw. 1971) 3 ff., inbes. 125 f., 133 ff., 191 ff.

24) Vgl. DROBNIG, RabelsZ 1974, 469 f.; DERS., CNUDCI 15, 135 f.

25) Dazu eingehend DROBNIG, CNUDCI 137 ff.

Nationen für das internationale Handelsrecht (CNUDCI, UNCITRAL) und der X. Kongress für Rechtsvergleichung in Budapest (August 1978) befasst(26). Die von DROBNIG zuhanden der CNUDCI verfasste Studie und das von KLEIN dem Kongress unterbreitete Gutachten sind im Verlaufe dieser Arbeit bereits mehrfach zitiert worden. Verschiedene der bereits früher zu diesem Thema veröffentlichten Vorschläge betrachten die Regelung des Art. 9 UCC der USA(27) als brauchbaren Ansatzpunkt für die Rechtsvereinheitlichung.

1. Bestrebungen auf regionaler Ebene

a) Im Rahmen der EG

Der Rechtsausschuss der EWG-Bankenvereinigung hat in einem Abkommensentwurf(28) die Errichtung eines europäischen Zentralregisters vorgeschlagen(29). Der zu erwartende Verwaltungsaufwand und die sich aus dem internationalprivatrechtlichen Grundsatz der "lex rei sitae"(30) ergebenden Schwierigkeiten sind indessen auf Kritik gestossen(31). Der Kommissionsausschuss der EG hat anlässlich seiner Sitzung im Oktober 1974 zudem erwogen, nach dem Vorbild des amerikanischen "security interest" ein europäisches Sicherungsrecht zu schaffen(32).

-
- 26) Vgl. auch SCHINNERER/AVANCINI II 105 f.; ferner die Mitteilung in RabelsZ 1978, 711; CABRILLAC, La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger, Revue critique de droit international privé 1979, 487 ff.
- 27) Vgl. insbes. vorn § 12 II.
- 28) Fédération bancaire de la Communauté Economique européenne. - Document K/4/4 Nr. 153. - Projet de Convention relative aux effets extraterritoriaux des sûretés mobilières sans dessaisissement (ohne Datum); zitiert nach KLEIN 77 N. 46).
- 29) Art. 6 ff. des Entwurfes; vgl. dazu KLEIN 78 f.; ferner COING, ZfRV 1967, 82.
- 30) Dazu eingehend DROBNIG, CNUDCI 137 ff., 149 f.; KLEIN 57 ff.; UNIDROIT 226/227 ff.; COING, ZfRV 1967, 79 ff.
- 31) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 133 f.; s. auch THEUERKAUF 145 f.; kritisch zum Einwand der Kosten FARGEAUD Nr. 285.
- 32) BREMHORST, Verh. des 51. DJT II, O 98. Bereits FARGEAUD (Nr. 281, 288) hat auf die entsprechenden Bestrebungen im Aktienrecht (hiez. NOBEL bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweizerische Aktienrecht [Bern 1976] 340 ff) hingewiesen; s. auch TUCCI 203 ff.; ferner GLEICHMANN, Methoden der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EWG, in: Methoden der Rechtsvereinheitlichung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung Nr. 69 (Frankfurt a.M. 1974) 35 ff.

Der Vorentwurf eines Konkursabkommens der EG vom 16. Februar 1970(33) sieht vor, dass beim Konkurs des Käufers der einfache Eigentumsvorbehalt nach dem Recht des Konkursöffnungsstaates den Konkursgläubigern gegenüber wirksam ist, wenn er vor der Lieferung schriftlich vereinbart wurde(34). Mit dieser Kompromisslösung sollen die erheblichen Unterschiede zwischen den Ländern des romanischen Rechtskreises einerseits(35) und der sehr weiten Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes vornehmlich im deutschen Recht(36) andererseits überwunden werden(37).

b) Im Rahmen des Europarates

Auf Veranlassung des Europarates entstanden die Studien des UNIDROIT (38) und des "Service de Recherches Juridiques Comparatives du CNRS"(39).

Beide Arbeiten ziehen die Schaffung einer einheitlichen Sicherheit in Erwägung(40). Das CNRS will für die internationalen Sachverhalte auf der Grundlage des Art. 9 UCC(41) die Vereinheitlichung des materiellen Rechts erreichen. Der entscheidende juristische Einwand gegen diesen Vorschlag ist in der Unmöglichkeit zu sehen, bei Sachen - ähnlich wie bei Verträgen(42) - ein für die Erfassung von Binnensachverhalten taugliches Kriterium zu finden(43). Da die Vereinheitlichung der Sachnormen wenig wahrscheinlich ist(44), weicht

33) Abgedruckt in RabelsZ 1972, 734 ff.; kritisch JAHR, ebenda 620 ff.; s. auch GOODE, ICLQ 1974, 266 ff.

34) Art. 39 Ziff. 1 des Vorentwurfes; s. auch Etude CNRS 70 ff.; TALLON 923.

35) Vgl. GRAVENHORST 105; s. zudem vorn § 25 I 1 bei N. 4 f.

36) Vorn § 29 II 2.

37) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 126; GRAVENHORST 106, 112/113; BREMHORST, Verh. des 51. DJT II, 1974.

38) Vente à tempérament et à crédit d'objets mobiliers corporels dans les Etats membres du Conseil de l'Europe (Strassbourg 1970); zitiert im Literaturverzeichnis.

39) Aspects internationaux de la protection juridique des droits des créanciers (Strassbourg 1972); zitiert im Literaturverzeichnis.

40) Vgl. UNIDROIT 239; Etude CNRS 73/74.

41) Vgl. bereits MERTENS 18.

42) Vgl. MERTENS/REHBINDER, Internationales Kaufrecht, Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen (Frankfurt a.M. 1975), Art. 1/2 EKG N. 4.

43) Dazu DROBNIG, CNUDCI 129 f.; s. auch KLEIN 78.

44) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 130; KLEIN 77; SCHINNERER/AVANCINI II 106.

das CNRS mit grosser Skepsis(45) auf den Bereich des IPR aus(46). Als Minimallosung schliesslich soll nach dem Vorbild der französischen "clause résolutoire"(47) der Verkäufer aufgrund einer noch zu schaffenden Vertragsformel die Möglichkeit erhalten, den Kaufvertrag bei Nichtzahlung aufzulösen(48).

Die Vorschläge von UNIDROIT haben vornehmlich die Kreditkäufe von Automobilen im Auge. Die Schwierigkeiten, die sich im grenzüberschreitenden(49) Verkehr bei der rechtsgültigen Bestellung von Sicherheiten in diesem Bereich ergeben, sollen mit Hilfe von nationalen Registern behoben werden(50), um so einen gemeinsamen Ausgangspunkt für die Vereinheitlichung der Kollisionsnormen zu erreichen(51). Das als weitere Lösung angeregte System, besondere Wagnispapiere zu einem Publizitätsmittel auszugestalten(52), scheitert wohl daran, dass es sich kaum rechtfertigen lässt, nur gerade für Automobile ein spezielles Publizitätssystem zu schaffen(53). Zudem haben die amerikanischen Erfahrungen mit dem "certificate of title"(54) gezeigt, dass die Ausstellung unberechtigter Ersatzbriefe kaum verhindert werden kann(55).

2. Bestrebungen auf universaler Ebene

Betrachtet man das bereits auf der Stufe der EG langwierige Verfahren der Rechtsangleichung(56), so verwundert es nicht, dass sich DROBNIG in sei-

-
- 45) Etude CNRS 73 (mit Hinweis auf den "ordre public"); s. auch COING, ZfRV 1967, 79; hiezu DROBNIG, CNUDCI 150.
 - 46) Etude CNRS 74; s. im einzelnen DROBNIG, CNUDCI 149/150; ferner KLEIN 79/80 N. 52.
 - 47) Dazu statt vieler: GRAVENHORST 29/30; s. auch oben I 2 b vor N. 18.
 - 48) Etude CNRS 74/75; hiezu die Kritik von DROBNIG, CNUDCI 130, 134.
 - 49) Zur Häufigkeit der Sachverhalte mit internationalen Bezügen s. UNIDROIT 236; DROBNIG, CNUDCI 128; GOODE, ICLQ 1974, 252.
 - 50) UNIDROIT 240; DROBNIG, CNUDCI 132; s. auch BREMHORST, Verh. des 51. DJT II, O 98.
 - 51) Vgl. bereits COING, ZfRV 1967, 82.
 - 52) UNIDROIT 240 ff., 253; vgl. das Beispiel des deutschen Kraftfahrzeugbriefes (vorn § 30 III 2 a). Zum österreichischen Typenschein s. vorn § 32 I B 1 bei N. 11.
 - 53) DROBNIG, CNUDCI 131 (mit weiterem Gegenargument).
 - 54) Vgl. die Nachweise vorn § 14 I N. 8; zudem Gutachten F 61.
 - 55) DROBNIG, CNUDCI 133; s. auch CROWTHER Report I, 5.7.35 VIII S. 214, 5.7.38 S. 215.
 - 56) Vgl. dazu GLEICHMANN (zit. oben II 1 a N. 32) 42 ff.

ner universalen Studie(57) auf die Empfehlung beschränkt, ein Mustergesetz zu erarbeiten(58). Die Frage für die Zukunft lautet, ob es gelingt, die Probleme im Wege der Harmonisierung der Kollisionsnormen(59) zu lösen oder ob nicht mittels Angleichung der Sachnormen das Recht der Mobiliarsicherheiten modernisiert werden muss(60).

III. Tragweite der Untersuchung

Die ausländischen Lösungen in der Frage der besitzlosen Mobiliarsicherheiten zeigen, dass der Vorstoss zum hypothekarischen Pfandrecht dem Bedürfnis der Kreditgeber entsprungen ist, immer mehr Vermögenswerte als Belastungsobjekte dinglicher Sicherheiten für sich in Anspruch zu nehmen(61). Die konkrete Ausgestaltung des Kreditsicherungsrechtes ist immer das Resultat der wirtschaftlichen und machtpolitischen Gegebenheiten sowie gewisser wirtschaftspolitischer Leitvorstellungen(62). Die massgeblichen Faktoren liegen also im vorrechtlichen Raum der Realien. Letztlich sind mithin nicht juristische, sondern wirtschaftliche Ueberlegungen für den Erfolg einer Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten entscheidend(63). Veränderungen in der rechtlichen Ordnung der Kreditsicherung werfen materiellrechtliche, konkursrechtliche(64) und wirtschaftswissenschaftliche Probleme auf, die den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen(65). Des weiteren hat man sich klar vor Augen zu halten,

57) Oben II vor 1 bei N. 26.

58) DROBNIG, CNUDCI 154; s. auch SCHMITTHOFF, Methodik der Vereinheitlichungsbestrebungen des Handelsrechtes durch die UNO, in: Methoden der Rechtsvereinheitlichung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung Nr. 69 (Frankfurt a.M. 1974) 19 ff.

59) So SCHINNERER/AVANCINI II 106; KLEIN 79; s. aber GOODE, ICLQ 1974, 252/253 N. 50.

60) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 26/27 f., 47 ff., 60 ff., 80 ff.; s. auch HANISCH, JBl 1977, 240.

61) Vgl. statt vieler: SIMITIS, AcP 1971, 101.

62) Vgl. dazu GRAVENHORST 97; SIMITIS, AcP 1971, 119 N. 83, 151, 152/153; s. auch FROTZ, Gutachten 302; HROMADKA 187 f.; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 496, 502.

63) Vgl. OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 86 a.E.; FROTZ, Gutachten 11 ff.; HROMADKA, JuS 1980, 92.

64) Vorn § 31 II N. 12.

65) Vgl. THAMM, Verh. des 51. DJT II, O 68. Die Notwendigkeit, jeden juristi-

dass im Bereich der Kreditsicherheiten kein "Ei des Columbus" (66) zu finden ist. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich deshalb darauf, unter Abwägung der verschiedenen im Ausland getroffenen Lösungen eine Reformrichtung anzugeben und damit Entscheidungsgesichtspunkte im Rahmen einer ersten Selektionsphase zu liefern.

schen Reformvorschlag auf seine ökonomischen Auswirkungen zu prüfen, ist wohl allgemein anerkannt (s. DROBNIG, Gutachten F 13, 15 ff.; die Uebersicht im CROWTHER Report I, 1.3.2 ff S. 19; dazu ESCHMANN 15 ff., 48 f.; ferner GOODE, ICLQ 1974, 234 ff.). Die Forderung nach Rechtstatsachenforschung darf jedoch nicht zum Mittel einer Verzögerungstaktik werden; vgl. dazu die Voten von KILGER, Verh. des 51. DJT II, O 72; EHMANN, ebenda O 74; s. auch SCHMIDT, daselbst O 86, der davor warnt, das wirtschaftliche Argument überzubewerten. Die Geschichte des Registerpfandrechtes zeige gerade, dass diese Frage letztlich nicht zu klären sei, sonst wären diese Informationen von der Wirtschaftswissenschaft schon längst gegeben worden; schliesslich auch DROBNIG, CNUDCI 14.

66) DROBNIG, Gutachten F 55; s. auch FROTZ, Gutachten 314; WEISWEILER 45; zudem oben I 1 bei N. 4.

§ 34 Reformrichtung

I. Rechtsform

1. Pfand und Eigentum

Mit Ausnahme des amerikanischen Rechts lassen sich alle behandelten Mobiliarsicherheiten auf die beiden Grundformen des Pfandes und des Eigentumes zurückführen(1).

a) Pfandrecht

Die pfandrechtliche Ausgestaltung kann sich entweder am besitzlosen Grundpfandrecht oder am traditionellen Besitzpfand orientieren. Das französische Recht, das beide Konstruktionen kennt, deckt das Fehlen einer vorgegebenen Konzeption(2) des ohne Besitzübertragung zu bestellenden Pfandrechtes auf. Im Bemühen, die Registerpfandrechte mit dem geltenden Rechtssystem in Einklang zu bringen, fingiert der französische Gesetzgeber den Pfandbesitz. Der Inhalt der echten Mobiliarhypothek dagegen wird aus den Regeln des Grundpfandrechtes aufgefüllt, bei denen die Beziehung zu den Besitzpfandrechten fehlt. Die unterschiedlichen Modellwirkungen der Hypothek und des Faustpfandrechtes spiegeln sich in den Begriffen der Mobiliarhypothek und des "gage sans dépossession"(3).

b) Eigentum

In verschiedenen Ländern hat erst der Rückgriff auf das Eigentum die Entwicklung besitzloser Sicherheiten ermöglicht. In Deutschland sind der Eigentumsvorbehalt(4) und die Sicherungsübereignung(5), im englischen Recht der "hire-purchase"(6) von grosser praktischer Bedeutung.

1) Vgl. vorn § 11 IV.

2) Vgl. vorn § 33 III bei N. 62 f.

3) Vorn § 23 I 2; vgl. DROBNIG, ZfRV 1972, 131; DERS., RabelsZ 1974, 472; s. auch THEUERKAUF 141 f.

4) Vorn § 29 II 2.

5) Vorn § 30.

6) Vorn § 22 I; zur praktischen Bedeutung der englischen Sicherungsübereignung s. aber vorn § 19 III B.

Das Eigentum als Rechtsgrundlage besitzloser Sicherungsrechte verschafft dem Gläubiger eine über den wirtschaftlichen Zweck hinausgehende Rechtsstellung. Das zwingt den Gesetzgeber, entweder die spezifisch sicherungsrechtliche Funktion oder die sachenrechtliche Ausgestaltung des Sicherungseigentums in den Vordergrund zu stellen. Namentlich in der Zwangsvollstreckung erfolgt eine funktionelle Reduktion des Sicherungseigentums zu einem Pfandrecht(7). Einer allgemeinen Umdeutung steht jedoch im deutschen Recht die Lehre vom Anwartschaftsrecht(8) entgegen, die im Rahmen eines echten Pfandsystems entbehrlich wäre(9). Bereits diese Unsicherheit in der Beurteilung der Pfandrechtsähnlichkeit des Sicherungseigentums zeigt die Notwendigkeit, ein neu einzuführendes Sicherungsrecht pfandrechtlich auszugestalten. Des weiteren kommen die auf dem Eigentum basierenden Sachsicherheiten einer "Umkehr der Rechtsgeschichte"(10) gleich, denn das Eigentum als Sicherungsmittel ist rechtshistorisch betrachtet stets nur ein Durchgangsstadium gewesen(11).

2. Einheitliches Sicherungsrecht

Die weitaus interessanteste dogmatische Konzeption des Rechts der Mobiliarsicherheiten enthält der amerikanische UCC. Die Regeln des Code gelten für jedes Recht, dessen Zweck auf die Schaffung einer dinglichen Sicherheit an beweglichen Sachen gerichtet ist(12). Ob das Eigentum am Sicherungsgut dem Schuldner oder dem Gläubiger zusteht, ist unerheblich(13). Die Einheitlichkeit der Regelung wird also erreicht, indem sich das Sicherungsrecht von den hergebrachten dogmatischen Kategorien löst und eine von den wirtschaftlichen und wirtschaftspolitischen Gegebenheiten ausgehende, von der sachenrecht-

7) Vgl. auch das Kreisschreiben des Bundesgerichtes Nr. 29 vom 31. März 1911 (abgedruckt bei HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 10); dazu HAAB/SCHERRER, a.a.O. N. 118 ff.; ferner MERTENS 203.

8) Vorn § 29 I 1 b N. 6; s. auch REICH (AcP 1969, 258 ff.) der mit dem Anwartschaftsrecht die Stellung des Sicherungsgebers bei der Sicherungsübereignung dinglich ausbauen will.

9) DROBNIG, ZfRV 1972, 133.

10) HECK 432; s. auch WACKE 60.

11) Vorn § 2 I 1; s. DROBNIG, Gutachten F 96.

12) § 9-102(1) UCC.

13) § 9-202 UCC; vgl. vorn § 12 II; s. auch die Vorschläge im CROWTHER Report (hiezv vorn § 22 II 2).

lichen Situation hingegen unabhängige Interessenabwägung vorgenommen wird(14). Der Ansatzpunkt ist nicht mehr das Eigentum oder ein von diesem abgeleitetes beschränktes dingliches Recht(15), sondern die gemeinsame Sicherungsfunktion(16). Das amerikanische Recht unterscheidet sich somit von allen Rechtsordnungen, die eine Wand zwischen Pfandrecht und Eigentum errichtet haben. Die Diskrepanz zwischen den verschiedenen dogmatischen Strukturen wird am Beispiel des deutschen Rechts, das an der "Krücke des Eigentums als Rechtsform der Sicherung"(17) festhält, besonders augenfällig. DROBNIG(18) bezeichnet die deutsche Methode als "Subtraktion vom Eigentum"(19), wogegen das amerikanische Recht auf der "positiven Enumeration" aufbaue.

Die Schaffung eines funktionell auf den Sicherungszweck ausgerichteten neuen Institutes stiesse im schweizerischen Recht auf dogmatische Hindernisse(20). Stellt man nämlich auf die Funktionsidentität der Sicherungsrechte ab, so werden Pfandrecht und Eigentum austauschbar(21). Die schweizerische Rechtsordnung unterscheidet aber klar zwischen Voll- und Teilherrschaftsrechten(22). Ein der amerikanischen Kodifikation entsprechender Kraftaufwand hat überdies nur dann einen Sinn, wenn das Sicherungsrecht an sämtlichen Mobilien begründbar ist(23). Die Lösung der Aufgabe, die hinter der Vielfalt sachenrechtlicher Formen sich verbergenden Regeln eines neuen besitzlosen Sicherungsrechtes zu erkennen, aus der überkommenen dogmatischen Einkleidung herauszulösen und in ein neues System einzubringen, kann mithin nur als Fernziel betrachtet werden(24).

14) Vgl. MERTENS 18; GRIESE 187.

15) Zur konstitutiven Sukzession s. LIVER, Einl. vor Art. 730 ff. N. 6 ff.

16) Vgl. auch DROBNIG, CNUDCI 13.

17) DROBNIG, ZfRV 1972, 133.

18) DROBNIG, RabelsZ 1961, 466.

19) Vgl. auch SCHMIDT, Verh. des 51. DJT II, O 85.

20) Vgl. auch SCHINNERER/AVANCINI II 106; a.M.: MERTENS 18 a.E.

21) Vgl. DROBNIG, RabelsZ 1974, 473.

22) Dazu MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 143 ff., 196.

23) Dazu hinten § 35 I.

24) Vgl. DROBNIG, ZfRV 1972, 134; SIMITIS, AcP 1971, 154; s. auch GOODE, ICLQ 1974, 291.

II. Interessen

Das Recht der Mobiliarsicherheiten muss einen Ausgleich zwischen Sicherungsgeber, Sicherungsnehmer, Dritterwerbenden, Drittgläubigern und verschiedenen Allgemeininteressen finden. Die folgende Uebersicht soll darlegen, welche Interessen das besitzlose Pfandrecht zu schützen vermag.

1. Pfandgläubiger

Verbleibt der Schuldner im Besitz der Sache, so ist das Interesse des Gläubigers an der Erhaltung der Sache in weit höherem Masse gefährdet als beim Faustpfand. Als Folge dieses Gefahrenmomentes verbietet der Gläubiger seinem Schuldner, die dem Sicherungszweck widersprechenden Verfügungen vorzunehmen. Da sich aber die Zweckmässigkeit der Verfügungen nach der wirtschaftlichen Bestimmung des Belastungsobjektes richtet, variiert der Kreis der vom Gläubiger erlaubten Verfügungen über das Sicherungsgut(25).

Bei Anlagegütern, die lediglich zur Nutzung bestimmt sind, muss der Gläubiger den Verkauf des Sicherungsgutes ausschliessen. Werden hingegen Umlaufgüter, deren wirtschaftlicher Zweck in der Veränderung liegt, hypothekarisch verpfändet, so wird der Gläubiger dem Schuldner die Veräusserung regelmässig gestatten, um diesem nicht die Weiterführung des Betriebes, die der Rückzahlung des Kredites dient(26), zu verunmöglichen(27). Zum Schutze gegen die mit der Verfügungsbefugnis verbundene Gefahr einer Aushöhlung des Pfandes vereinbart der Gläubiger, dass anstelle der Pfandsache ihre neue Aggregatsform treten soll. Beim besitzlosen Pfandrecht an umlaufenden Gütern ist demnach mit dem Bedürfnis nach vertikalen Verlängerungsformen(28) zu rechnen(29).

25) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 29; SIMITIS, AcP 1971, 128 ff.; s. auch vorn § 15 I.

26) Vorn § 33 I 1 bei N. 3.

27) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 17/18; DERS., Gutachten F 29/30.

28) Vgl. vorn §§ 29 II 2 bei N. 28, 30 IV 3 a bei N. 43 f. (zur deutschen Rechtslage); § 32 III 2 b (zum österreichischen Recht); s. auch § 15 I bei N. 10 f. (zum amerikanischen Recht).

29) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 31; CNUDCI, A/CN.9/132 S. 8. - Das Interesse nach horizontaler Erweiterung (s. vorn §§ 29 II 2 bei N. 29 f., 30 IV 3 a bei N. 45 f., zudem 32 III 2 a, 13 III 1) des Pfandrechtes ist nicht zu behandeln, denn in diesem Punkt stimmt die Interessenlage auf seiten des hypothekarischen Pfandgläubigers mit der beim Faustpfandgläubiger überein. Aus der Sicht der Parteien ist der Umfang der Pfandforderung (dazu OPTINGER/BAER, Art. 884 N. 129 ff., 138 ff.) beim besitzlosen Pfandrecht nicht anders zu beurteilen als beim Besitzpfand.

Von den behandelten Ländern bejahen Deutschland und Oesterreich(30) sowie die Vereinigten Staaten(31) die Zulässigkeit verlängerter Sicherungsrechte (32). Es sind denn auch die negativen deutschen Erfahrungen zu dieser Frage (33), die den eindeutigen Schluss erlauben, von vertikalen Erstreckungen abzu- sehen. Die Frage lautet doch, ob zwischen dem Entscheid, Umlaufgüter als pri- märes Pfandobjekt freizugeben, und der Folgerung, dieses Pfandrecht in die nachfolgende Wirtschaftsstufe des Pfandgegenstandes zu verlängern, ein zwin- gender Zusammenhang besteht. Mit DROBNIG(34) ist dies zu verneinen, da die Kreditgewährung der Gläubiger nicht notwendigerweise neben der Anschaffung auch den nachfolgenden Umschlag des Wirtschaftsgutes mitfinanzieren muss und diese Mitfinanzierung auch nicht ausschliesslich unter dem Schutz dinglicher Sicherheiten möglich ist.

Die hypothekarische Fahrnisverpfändung wirft schliesslich das Problem auf, auf welche Weise dem Gläubiger die Realisierung seines Verwertungsrech- tes zu garantieren ist. Der Faustpfandgläubiger braucht sich ja die Heraus- gabe der Sache zum Zwecke der Verwertung nicht erst zu erkämpfen, da er sie bereits in seiner tatsächlichen Herrschaft hat(35).

2. Pfandschuldner

Mit dem besitzlosen Pfandrecht berücksichtigt der Gesetzgeber das Be- sitz- und Nutzungsinteresse des Pfandschuldners(36).

Ob der Gläubiger dem Dispositionsinteresse seines Schuldners entspricht, hängt wesentlich von den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ab, in sein Sicherungsgut Surrogate einzubeziehen(37). Dabei ist jedoch zu beachten,

30) Vgl. die Nachweise oben in N. 28.

31) Vorn § 13 III 2.

32) Die Globalisierung des Pfandrechts in Form der Unternehmenshypothek (vgl. DROBNIG, CNUDCI 56; GOODE, ICLQ 1974, 264, insbes. N. 78) ist gesondert zu behandeln (s. hinten § 35 I C 2).

33) Vorn I, 30 IV 1 b.

34) DROBNIG, Gutachten F 73 f. (mit weiteren Argumenten); s. demgegenüber CNUDCI, A/CN.9/132 S. 8.

35) GRAVENHORST 98/99; DROBNIG, Gutachten F 32/33; s. auch KLANG, JbI 1926, 302.

36) Vorn § 33 I 1.

37) Vgl. vorn §§ 15 I a.E., 30 IV 3 a.

dass das Interesse des Pfandgläubigers an vertikaler Verlängerung dem Interesse des Schuldners an Dispositionsbefugnissen nur scheinbar parallel läuft. Die Globalisierung des Pfandrechts bedeutet vielmehr eine Gefahr für die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Schuldners(38). Es gilt demnach, die Surrogation an Umlaufgütern zwar nicht völlig auszuschliessen, sie indessen auch nicht erst an den Schranken der Sittenwidrigkeit(39) scheitern zu lassen(40)

In Deutschland wurde gegen die Einführung eines Registerpfandrechts vielfach der Einwand erhoben, die Offenlegung der Sicherungsrechte beeinträchtige den kaufmännischen Kredit des Schuldners, da dessen Vermögensverhältnisse schonungslos nach aussen gezogen würden(41). Diese Argumentation weist auf das Geheimhaltungsinteresse des Schuldners hin(42).

3. Drittpersonen

a) Dritterwerber

Die Funktion, potentielle Erwerber und Besitzpfandgläubiger zu schützen, haben die Regeln über den Rechtsscheinerwerb übernommen(43). Die Einführung der Mobiliarhypothek tangiert demnach die Interessen der Dritterwerber nur insoweit, als sie den Anwendungsbereich der Gutglaubensschutzregeln verändert.

b) Drittgläubiger

Die Gefährlichkeit der römischrechtlichen Mobiliarhypothek lag im Zu-

38) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 34.

39) Vorn § 30 V 1; s. TER MEULEN 119 ff.

40) SIMITIS (AcP 1971, 115) vertritt allerdings die Ansicht, die gegen die Globalisierung der Sicherungsrechte vorgebrachten Argumente seien "unmarktwirtschaftlich", sofern der Gesetzgeber die Publizität der Pfandrechte wahre; vgl. auch WESTERMANN, Interessenkollisionen 37 (kritisch FLUME, AcP 1955, 564). Zu dieser fraglichen wirtschaftsrechtlichen Auffassung vgl. TSCHAENI, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Bd. 22 (Bern 1978) 54, 62 ff.

41) Vgl. ADAMS 45; WEISWEILER 46; DOSKOTZ 55.

42) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 34/35; vorn § 14 II B 1 b; kritisch SIMITIS, AcP 1971, 119 N. 83.

43) Vorn § 4 II B 2

sammentreffen zweier Umstände: sie beließ die verpfändete Sache im Besitz des Schuldners und bot interessierten Personen auch keine Möglichkeit, die Verpfändung zu erfahren(44). Gelingt es demzufolge, ein für die Ersichtlichmachung des Pfandrechtes taugliches Mittel zu finden, so bleiben die Interessen der ungesicherten Gläubiger des Sicherungsschuldners(45) gewahrt(46). Es stellt sich mithin die Frage nach einem neuen Publizitätsmittel als Ersatzinstitut für den dem Besitz zugeschriebenen Drittgläubigerschutz(47).

4. Allgemeininteressen

Die Allgemeininteressen, mit denen sich die Ordnung der besitzlosen Mobiliarsicherheiten auseinanderzusetzen hat, sind wirtschaftlicher Natur(48). Aus volkswirtschaftlicher Sicht ist die Ausdehnung des Kredites wünschbar, um eine hohe Investitionsrate zu fördern und zu erhalten(49). Dem Interesse an einer Erleichterung des Kreditverkehrs(50) widerspricht jedoch - wie die deutschen Realien zeigen(51) - das Interesse, die durch exzessive Sicherungsrechte bedrohte Funktionsfähigkeit des Insolvenzrechtes zu erhalten. Es handelt sich also nicht um einen institutionell angelegten Interessengegensatz zwischen Insolvenzrecht und Kreditsicherungsrecht. Sicherungsinteresse und Interesse an der Funktion der Insolvenzverfahren stehen vielmehr erst dann im Widerstreit, wenn die Kreditgewährung zur unüberlegten Umsatzwut ausartet (52).

44) FROTZ, Gutachten 25 f.; SCHOENDORF, ZHR 68 (1910) 491; vorn § 2 III; zudem HROMADKA, JuS 1980, 92 nach N. 67.

45) Die Interessen der Gläubiger des Pfandnehmers decken sich mit dessen Eigeninteressen; s. deshalb oben II 1.

46) Zum Problem der Globalsicherheiten s. hinten § 35 I C 2.

47) Die zukünftigen Gläubiger des Pfandgebers gelangen weniger leicht zu einer falschen Einschätzung des Deckungsfonds (s. dazu vorn § 10 I A 2).

48) Vgl. vorn § 33 III.

49) Dazu im einzelnen FROTZ, Gutachten 11 ff.; ferner GOODE, ICLQ 1974, 265.

50) DROBNIG, Gutachten F 37.

51) Vorn § 31 II bei N. 12 f.

52) Vgl. dazu HANISCH, Verh. des 51. DJT II, O 101; DERS., JbL 1977, 238. (Es frage sich, ob für die krisenhaften Tendenzen im Insolvenzwesen nicht in erster Linie diejenigen verantwortlich seien, die "falschen" Kredit noch gewährten, wo er längst nicht mehr gewährt werden dürfte).

III. Publizität

A. Publizitätsprinzip

Abschreckendes Beispiel für publizitätslose Sicherungsgeschäfte ist wiederum das deutsche Recht. Die fehlende Offenkundigkeit verschärft die mit der vertraglichen Erstreckungsmöglichkeit verbundene Problematik(53). Das "Fallbeil der Sittenwidrigkeit" hat sich als "rechtshygienisches Instrument" (54) nicht bewährt. Die Beurteilung übermässiger Sicherungen nach den Massstäben der guten Sitten führt zu keinem Ausgleich der Interessen zwischen gesicherten und ungesicherten Gläubigern(55). Die Unbestimmtheit des Begriffes hat zudem eine grosse Rechtsunsicherheit zur Folge(56). Vor allem spricht aber für die Beibehaltung der Offenkundigkeit die Ueberlegung, dass es sich beim Publizitätsprinzip um einen das gesamte schweizerische Sachenrecht beherrschenden Grundsatz handelt(57). Und schliesslich ist als Argument die in allen Ländern feststellbare allgemeine Tendenz zur Offenlegung zu nennen(58).

Aus den dargelegten Gründen ist demnach die Publizität für ein neu in die schweizerische Rechtsordnung einzuführendes hypothekarisches Pfandrecht klar zu befürworten.

B. Publizitätsmittel

Ein dem Publizitätsgedanken verpflichteter Ausbau des Fahrnispfandrechtes wirft die Frage nach dem Mittel der Ersichtlichmachung auf.

1. Hinweis auf die vom Schuldner herzustellende Offenkundigkeit

Im Bestreben, die Heimlichkeit der deutschen besitzlosen Sicherungsrechte zwar zu beheben, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners

53) Vorn § 31 II.

54) Vgl. FROTZ, Gutachten 285.

55) Vgl. dazu WESTERMANN, Interessenkollisionen 28, 39.

56) Vgl. TER MEULEN 119; vorn § 30 V 1; s. auch FROTZ, Gutachten 305.

57) Vgl. statt vieler: MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 22 ff.

58) Vgl. hiezu DROBNIG, CNUDCI 29; DERS., ZfRV 1972, 139; DERS., Gutachten F 57; s. aber auch HROMADKA, JuS 1980, 94.

jedoch nach wie vor geheimzuhalten, wurde die Verpflichtung des Schuldners zur Führung eines Sicherungsbuches erwogen(59). Auf den Aussagewert einer im Einflussbereich des Schuldners entstandenen Offenkundigkeit können sich die informationsbedürftigen Drittgläubiger indessen nicht verlassen. Bezeichnenderweise war auch das englische Recht gezwungen, für die "floating charge" neben dem gesellschaftseigenen Belastungsregister ein öffentliches Register vorzusehen, um Dritte wirksam zu schützen(60). Eine Publizität, die in die Hand des an der Sache interessierten Schuldners gelegt wird, ist somit untauglich.

2. Ausserhalb des Einflussbereiches des Schuldners errichtete Offenkundigkeit

a) Briefpublizität

Auf den Vorschlag, im Automobilhandel Dokumente zu verwenden, die das Fahrzeug als "veritable 'photographie' de sa condition juridique"(61) zu begleiten hätten und die damit verbundene Missbrauchsgefahr wurde bereits hingewiesen(62). Der Versuch, in Anlehnung an die Ordnung des Kraftfahrzeugbriefes(63) für wertvolle Maschinen und Fahrzeuge Gerätebriefe einzuführen(64), würde im Rahmen des völlig publizitätsfreien deutschen Systems sicherlich einen Fortschritt darstellen. Im Hinblick auf das schweizerische Recht jedoch, das den Grundsatz der Offenkundigkeit konsequent verwirklicht hat, ist zu berücksichtigen, dass sich das angeregte Publizitätsmittel in der Tat nur für grössere, dauerhafte technische Geräte eignet(65). Der entscheidende Einwand liegt aber wohl darin, dass es ohne Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit unmöglich ist, mehr als nur einige wenige Objekte in dieses Verpfändungssy-

59) Vgl. ADAMS 36 ff.; LEHMANN 23 f.; DROBNIG, Gutachten F 63 f. (s. dort auch den Hinweis auf die Bilanzpublizität).

60) Vorn § 20 II 2 bei N. 22 f.; vgl. TER MEULEN 58; KOCH 50, 61; SIMITIS, AcP 107/1, 1.5.

61) UNIDROIT 240.

62) Vorn § 33 II 1 b bei N. 52 ff.

63) Dazu vorn § 30 III 2 a.

64) So der vom 51. DJT angenommene Punkt 13 der Beschlussvorlage (Verh. des 51. DJT II, O 174, 182).

65) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 62; DERS., CNUDCI 50 (DROBNIG steht der Briefpublizität im übrigen aber positiv gegenüber; s. auch UNIDROIT 253).

stem einzubeziehen(66). Auch eine Briefpublizität kommt demnach nicht in Betracht.

b) Markierung des Sicherungsgutes

Für die Kennzeichnung des Sicherungsgutes als Publizitätsmassnahme liefern das österreichische Mastkreditgesetz und allgemein die symbolische Uebergabe(67), das "nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel"(68) und das italienische Spezialprivileg an Werkzeug- und Produktionsmaschinen(69) Anregungen. Auch hier besteht indes die Schwierigkeit, fälschungssichere Marken, Tafeln oder Schilder zu schaffen. Die Zeichen können gerade bei Mobilien leicht verloren gehen oder entfernt werden und rufen damit die Gefahr von Kreditschädigungen hervor(70). Das französische Beispiel zeigt denn auch, dass sich die Stellung des Gläubigers nicht wesentlich verbessert, wenn dem Pfandschild eine über die üblichen Registerwirkungen hinausgehende Bedeutung zuerkannt wird, da der Gläubiger dennoch auf die Ehrlichkeit seines Schuldners angewiesen bleibt(71).

c) Registerpublizität

Aus der Interessenanalyse(72) ergibt sich, dass ein Fahrnispfandrecht ohne Uebergabe der Pfandsache nur dann wirksam entstehen soll, wenn Drittgläubiger vor dem falschen Schein, der Schuldner befinde sich noch im Besitz zureichenden Vermögens, geschützt sind, das Pfandrecht aber doch nicht jedem bekannt wird. Die weit überwiegende Mehrheit der Staaten löst das Problem mittels Eintragungssystem(73). Im Rahmen der Rechtsvereinheitlichung drängt mithin alles auf eine Registrierung(74). Auch das Registerpfandrecht kann

66) Vgl. FROTZ, Gutachten 306; zudem SERICK (I 105, II 219), der auf die Schwierigkeiten beim Musikautomatenbrief hinweist.

67) Vorn § 32 I B; vgl. auch DROBNIG, RabelsZ 1974, 477.

68) Vorn § 25 II 3 bei N. 51.

69) Vorn § 28 II 2.

70) Vgl. FROTZ, Gutachten 306.

71) Vorn § 25 II 3 bei N. 52 ff.

72) Oben II.

73) Vgl. die Uebersicht bei DROBNIG, CNUDCI 36 ff.

74) So DROBNIG, ZfRV 1972, 139 a.E.; s. aber oben N. 65.

jedoch nicht als Allheilmittel betrachtet werden(75). Die Errichtung eines Registersystems erfordert einen zusätzlichen Verwaltungsaufwand und bei der sich anbietenden elektronischen Datenverarbeitung beträchtliche Investitions- und Betriebskosten(76). Auf die weiteren, vornehmlich in Deutschland erhobenen Einwände(77) ist nicht einzugehen. Die Darstellungen der wirtschaftlichen Auswirkungen unterscheiden sich nämlich je nachdem, zu welcher Interessengruppe der Darstellende gehört(78). Zudem hat hier das Registerpfandrecht die Aufgabe, die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut zu ersetzen, die sich im schweizerischen Recht aber ohnehin nach Art. 717 I ZGB beurteilt(79). Mit der Tatsache, dass der grösste Teil der Länder der Welt das besitzlose Pfandrecht als Registerpfandrecht kennt, verliert der immer wieder erhobene Einwand der Unpraktikabilität jedenfalls viel an Ueberzeugungskraft(80). Ein solches Pfandrecht würde bezeichnenderweise auch in der schweizerischen Rechtsordnung keinen Fremdkörper darstellen(81). Die Eintragung in ein Register kann somit als taugliches Mittel zur Offenlegung gelten.

IV. Rechtssystematik

Eine Reform des Fahrnispfandrechtes muss in das ZGB eingefügt werden (82). Die systematische Einbeziehung des Registerpfandrechtes in die Pfandrechtsregelung dieses Gesetzes würde klarstellen, dass für Mobilien lediglich ein neuer Modus der Pfandrechtsbestellung geschaffen worden ist, dass das so begründete Pfandrecht sich aber qualitativ im Grundsatz(83) nicht von

75) FROTZ, Gutachten 314; DROBNIG, CNUDCI 50: "... aucune formalité n'est clairement plus efficace que toutes les autres."

76) DROBNIG, Gutachten F 59; s. auch CROWTHER Report I, 5.7.53 S. 220, 7.4.10 S. 340.

77) Dazu statt vieler: ADAMS 55 ff.

78) Vgl. SCHMIDT, Verh. des 51. DJT II, O 87; s. auch DROBNIG, ebenda O 160.

79) Vorn § 9 I 3 b, 4.

80) Vgl. SIMITIS, AcP 1971, 150; SCHMIDT, Verh. des 51. DJT II, O 87; HANISCH, ebenda O 102; s. auch FARGEAUD Nr. 284: "En France aussi, nous avons connu la crainte de la paperasse administrative et de la prolifération des fonctionnaires; c'était déjà celle de nos grands-pères; nous l'avons allègrement surmontée."

81) Dazu vorn §§ 5 III, 6 I 1, 2.

82) Vgl. zum Folgenden FROTZ, Fortbildung 325 f.

83) Vgl. aber hinten § 37 II A 1 a a.E.

dem traditionellen Faustpfand unterscheidet. Nach FROTZ(84) kann nicht das Pfandrecht, sondern nur dessen Entstehung besonderer Art sein. Die neue Art der Pfandrechtsbegründung muss also mit den Wertungen des ZGB harmonieren. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen empfiehlt es sich, neben der Viehverschreibung auch die registermässige Ausgestaltung des Eigentumsvorbehaltes zu beachten, denn der Eigentumsvorbehalt ist funktionell betrachtet gar nichts anderes als eine auf die Sicherung von Kaufpreisforderungen beschränkte Mobiliarhypothek(85).

84) FROTZ, Fortbildung 325 a.E.; s. auch Erl II 323, 326, 329; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 4; PAULICK 64.

85) Vorn § 9 II A 1, 2 a; s. auch GROSSEN, ZBJV 1958, 355.

§ 35 Anwendungsbereich des Pfandrechts

Die Verwendung besitzloser Sicherungsrechte ist - im Unterschied zum Faustpfandrecht - in den meisten Ländern beschränkt. Schranken werden hinsichtlich des zulässigen Sicherungsgutes, der Forderung(1) und der Parteien des Sicherungsvertrages(2) errichtet. Sie sind Ausdruck des Misstrauens, das gegenüber besitzlosen Sicherheiten besteht(3). Die Schweiz z.B. beschränkt den Gläubigerkreis der Viehverschreibung(4) und lässt den Eigentumsvorbehalt für die Sicherung aller Lieferantenkredite zu, stellt aber kein allgemein zugängliches Mittel zur Verfügung, um den Geldkredit besitzlos zu sichern(5). Bei der Ausgestaltung des Registerpfandrechts ist somit zu entscheiden, ob das Pfandrecht an allen Sachen bestellt werden kann oder ob ein Katalog der verpfändbaren Gegenstände aufgestellt werden soll.

I. Pfandgegenstand

A. Möglichkeiten der Umschreibung

1. Ueberblick

Mit DROBNIG(6) ist davon auszugehen, dass rechtstechnisch drei Lösungen bestehen: die Generalklausel, der numerus clausus und eine Mischformel. Für jedes System lässt sich ein Beispiel aus den untersuchten ausländischen Rechtsordnungen anführen. Deutschland und der anglo-amerikanische Rechtskreis kennen die Belastbarkeit aller Vermögensgegenstände(7). Frankreich gilt dagegen als typischer Vertreter des Enumerationssystems, währenddem Oesterreich und Italien die Mischlösung(8) verwirklichen. International kann man eine Tendenz zur unbeschränkten Zulassung von Sicherungsgütern feststellen(9).

1) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 20 f.; DERS., RabelsZ 1974, 474.

2) Vgl. hiezu DROBNIG, CNUDCI 18 ff.; DERS., RabelsZ 1974, 473 f.

3) Dazu ausführlich DROBNIG, CNUDCI 26/27.

4) Vorn § 7 I 1 a, 3.

5) Vorn § 33 I 2.

6) DROBNIG, CNUDCI 23; DERS., RabelsZ 1974, 474/475; DERS., ZfRV 1972, 135.

7) Vgl. die umfassende Zusammenstellung bei DROBNIG, CNUDCI 22.

8) Vgl. vorn § 33 I 2 b.

9) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 81; DERS., CNUDCI 23, 27.

2. Abwägung

Die Uebernahme des in Frankreich gebräuchlichen Systems, wo jedem einzelnen Gegenstand ein besonderes Gesetz gewidmet ist, empfiehlt sich nicht. Die Kombination von *numerus clausus* und Sondergesetzen ist aufgrund wechselnder wirtschaftspolitischer Notwendigkeiten entstanden und wird auch in der französischen Literatur als grosser Nachteil empfunden(10). Beschränkungen des zulässigen Sicherungsgutes werfen zudem die Frage nach der Legitimität des gesetzlichen Kataloges im Rahmen der Wirtschaftsverfassung auf, da mit der Ausdehnung des Kredites einzelne Branchen stärker gefördert werden, als andere(11).

Der Code unterscheidet Form und Voraussetzungen des Pfandrechts je nach dem wirtschaftlichen Zweck der belasteten Gegenstände und der Funktion des Geschäftes verschieden(12). Die Differenzierungen im einzelnen folgen nicht einer vorgegebenen theoretischen Konstruktion. Dies zeigt sich darin, dass der englische Reformvorschlag eine von der amerikanischen Lösung abweichende Klassifizierung der Belastungsobjekte gewählt hat(13). Dem amerikanischen Recht kann jedoch das Vorgehen, auf die wirtschaftliche Zweckbestimmung der als Sicherheit dienenden Sachen abzustellen, entnommen werden. Ferner vermögen die vom Code gebildeten Kategorien einen Hinweis auf den im schweizerischen Recht zu bildenden Kreis der Pfandgegenstände zu liefern. Denn die hypothekarische Belastbarkeit aller Mobilien kommt m.E. für die Schweiz nicht in Betracht. Problematisch erscheint vor allem die Einbeziehung der Konsumgüter. Die Mobiliarhypothek an Verbrauchsgütern, die zur Erleichterung der Kreditaufnahme führt(14), ist beim gegenwärtigen Stand der Arbeiten für ein Konsumkreditgesetz(15) rechtspolitisch wohl kaum durchsetzbar(16). Zudem sah

10) Vgl. THEUERKAUF 143; vorn § 24 vor I N. 2; s. auch DROBNIG, Gutachten F 81.

11) Vgl. DROBNIG, ZfRV 1972, 135; DROBNIG (CNUDCI 27/28) verwirft deshalb gegenständliche Schranken für die Belastung als Sicherungsgut.

12) Vgl. vorn §§ 13 I 1, 14 III.

13) Vgl. CROWTHER Report II, Appendix III 10 S. 578.

14) Vgl. vorn § 34 II 4.

15) Vgl. hiezu ausführlich GIGER, Une protection sociale renforcée - ligne directrice du législateur pour le nouveau droit du crédit à la consommation (Bern 1979), insbes. 55 ff.; DERS., ZBJV 1980, 205, 220 f.; s. bereits vorn § 10 III 1.

16) Die Konsumgüter rufen stets nach zusätzlichen Regeln zum Schutz des Verbrauchers; vgl. vorn § 13 I 1 a; CROWTHER Report I, 5.2.18 f. S. 188 f.; ferner WIEGAND 308.

sich der amerikanische Gesetzgeber gezwungen, im Rahmen der "consumer goods" von der Publizitätspflicht abzusehen, um den Absatz von Konsumgütern nicht durch Formalitäten zu belasten(17). FROTZ(18) neigt demgegenüber eher dazu, zwar ebenfalls keine Einschränkungen vorzunehmen, aber darauf zu spekulieren, dass bei Gegenständen, die einem schnellen Zuständigkeitswechsel unterworfen sind oder nur einen geringen Wert besitzen, normalerweise ohnehin kein vernünftiger Mensch sich in die Mühen und Kosten der Registrierung stürzen werde. Dieser Vorschlag überzeugt indessen nicht. FROTZ(19) selbst erwägt denn auch, nach dem Kriterium, ob die Pfandsache zum dauernden oder zumindest längeren Verbleiben im Vermögen des Schuldners bestimmt ist, den Kreis der Pfandgüter festzulegen.

Einer Prüfung bedürfen schliesslich die unter den Begriff der "farm products" fallenden Vermögensgegenstände(20). Betrachtet man nämlich die geringe Verwendung der Viehverschreibung in der Schweiz(21), so erscheint eine Ausdehnung der speziell auf die Bedürfnisse der Landwirtschaft zugeschnittenen Sicherungsgüter entbehrlich(22). Im folgenden sind daher nur noch die zu den Kategorien "inventory" und "equipment" gehörenden Mobilien als mögliche Pfandobjekte zu untersuchen. Dabei ist zu beachten, dass sich diese beiden Gruppen im wesentlichen auf die Unterscheidung zwischen Anlage- und Umlaufgüter zurückführen lassen(23).

B. Einzelsachen

Der amerikanischen Klassifizierung liegt die unbeschränkte Zulassung von Gegenständen aller Art zugrunde. Da sich die rechtlichen Differenzierungen u.a. nach dem wirtschaftlichen Zweck des Sicherungsgegenstandes richten,

17) Vorn § 14 III; s. auch CROWTHER Report I, 5.7.21 ff. S. 210 ff. Vgl. demgegenüber vorn § 34 III A, B vor 1 ("Ein dem Publizitätsgedanken verpflichteter Ausbau des Fahrnispfandrechtes ...").

18) FROTZ, Gutachten 315.

19) FROTZ, Gutachten 315, 308.

20) Vgl. vorn § 13 I 1 b.

21) Vgl. vorn § 33 I 2 a.

22) Es ist selbstverständlich, dass die Kreditsicherungsreform nicht auf den Abbau anerkannter Verschreibungsfälle (vgl. vorn §§ 7 f.), sondern auf sachgerechte Vermehrung zielt (s. FROTZ, Gutachten 305).

23) Dazu vorn § 34 II 1 vor N. 26; s. GRIESE 187; PFETSCH 144.

kann jedes Gut jeweils nur einer dieser Gruppen zugeordnet werden(24). Sind besitzlose Sicherheiten allgemein an allen beweglichen Sachen zulässig, so lässt sich die Kategorienzuzuordnung nur dann in jedem Fall sicherstellen, wenn einem der Begriffe auch eine Auffangsfunktion zukommt(25). Im amerikanischen Recht erfüllt die Gruppe der Ausrüstungsgegenstände diese Aufgabe(26). Der Begriff "equipment" ist demnach für das schweizerische Recht untauglich.

Eine auf den wirtschaftlichen Zweck des Vertragsgegenstandes abstellende Terminologie findet sich im Leasingrecht. Es fällt auf, dass für die Abgrenzung zwischen Konsum- und Investitionsgüterleasing nicht die Beschaffenheit, sondern der Verwendungszweck des Leasingobjektes entscheidend ist(27). Da dieses auch dem Code eigene methodische Vorgehen der Klassifizierung(28) als wünschbar erkannt wurde(29), läge es nahe, die eine Kategorie zugelassener Pfandobjekte als Investitionsgüter zu bezeichnen. So regt z.B. das Zürcher Handelsgericht in seinem Leasingentscheid an, für bewegliche Investitionsgüter nach dem Vorbild der Viehveranschreibung eine Mobiliarhypothek zu schaffen, um die ausserordentlich komplizierte rechtliche Konstruktion des Leasingvertrages zumindest dort entbehrlich zu machen, wo der Leasingnehmer von Anfang an gewillt sei, den Leasinggegenstand nach Ablauf der Vertragsdauer in sein unbeschwertes Eigentum zu übernehmen(30). Die Vorteile einer solchen Fahrnisverschreibung werden also allein aus leasingrechtlicher Sicht beurteilt. Vor allem aber scheitert die für die Bezeichnung des Komplexes zulässiger Pfandobjekte vorgeschlagene Terminologie am Fehlen eines einheitlichen wirtschaftswissenschaftlichen Investitionsbegriffes(31). Es empfiehlt sich

24) Vorn § 13 I 1 bei N. 4.

25) Der CROWTHER Report (II, Appendix III, 10 S. 578) unterscheidet demgemäss zwischen "inventory, consumer goods" und "other goods".

26) Vorn § 13 I 1 c.

27) Vgl. SCHLUEP 823 N. 17 a; SCHUBIGER, Der Leasing-Vertrag nach schweizerischem Privatrecht (Diss. Freiburg 1970) 8 N. 45.

28) Vorn § 13 I 1 bei N. 4.

29) Oben I A 2 nach N. 13.

30) SJZ 1977 Nr. 90 S. 325.

31) Vgl. JACOB, Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften, IV (Stuttgart/Tübingen/Göttingen/Zürich 1978) 255; SCHWARZ, Handwörterbuch der Betriebswirtschaft I/2 (4.A., Stuttgart 1975) Spalten 1974/1975; s. auch SCHUBIGER (zit. oben N. 27) 7 N. 45.

daher, die hypothekarisch verpfändbaren Einzelsachen als gewerbliche Anlagegüter zu bezeichnen. Darunter sind die für den Betrieb eines Gewerbes im Sinne von Art. 52 III HRV(32) zu dauerndem Gebrauch angeschafften Mobilien zu verstehen(33).

C. Gesamtsachen

1. Warenlager

Gegen die Entscheidung, Sachgesamtheiten als Pfandgegenstand freizugeben, spricht das Spezialitätsprinzip(34). Der Preis dieses Grundsatzes, der Unklarheiten über den Kreis der dem betreffenden Gläubiger vertraglich zugeordneten Befriedigungsobjekte verhindern will, ist die Unelastizität der dinglichen Rechtslage, die sich der charakteristischen dauernden Veränderung des Bestandes eines Warenlagers nicht automatisch anpassen kann(35). Bei Warenlagern lassen sich vielfach detaillierte Angaben über das ständig wechselnde Sicherungsgut gar nicht mehr machen(36). Sowohl der Code(37) wie das englische Recht im Rahmen der "floating charge"(38) erlauben denn auch eine abstrakte Form der Eintragung mit Hilfe des "notice filing". Die deutschen Vorarbeiten zur Einführung eines Registerpfandrechts verweisen auf die für die Sicherungsübereignung aufgestellten Grundsätze, d.h. ein räumlich abgegrenzter Teil der Sachgesamtheit wird in seinem jeweiligen Bestand zum Sicherungsgut erklärt(39). EUGEN HUBER(40) dagegen sah für die Verpfändung von Sachgesamtheiten, neben der Angabe des Aufbewahrungsortes, die Aufnahme eines

32) Vgl. hiezu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 107 ff.

33) Vgl. ALBISETTI/BOMMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 43; s. auch BAREIS, Handwörterbuch der Betriebswirtschaft (zit. oben N. 31) I/1, Spalten 147/148. - EUGEN HUBER hatte die Kategorie der beweglichen Betriebseinrichtungen gebildet, die ihrem Eigentümer zur Ausübung seines Berufes oder Gewerbes dienen (s. vorn § 5 III 1 a).

34) Vgl. vorn § 10 I B.

35) Vgl. FROTZ, Gutachten 50.

36) DROBNIG, Gutachten F 59.

37) Vorn § 14 II B 1 b.

38) Vorn § 20 II 2 bei N. 26 ff.; zudem CROWTHER Report I, 5.7.49 I S. 218.

39) Vorn § 30 III 2 b bei N. 33 ff.; PAULICK 74, 76 f.; WEISWEILER 51/52; ADAMS 107, 75; s. auch GRAVENHORST 110; KAY 77; REICH 53.

40) Vgl. Art. 887 III VE; s. vorn § 5 III 1 b.

Inventars vor. Diesem Erfordernis ist eher zu entnehmen, es entstehe hier kein Pfandrecht an einer Sachgesamtheit, sondern es werde nur eine Erleichterung für die Begründung des Pfandrechtes an den zum Sachinbegriff gehörenden Einzelsachen geboten(41). Dass sich die zu einem Warenlager gehörenden beweglichen Sachen, deren wirtschaftlicher Zweck in ihrer Veränderung liegt, nicht für ein durch Registrierung entstehendes, auf eine gewisse Dauer angelegtes Einzelpfandrecht eignen, ist indessen dem Gesetzesredaktor nicht entgangen. HUBER bestimmt nämlich, die einzelnen aus der Gesamtsache ausgeschiedenen Stücke seien dem Pfandrecht entzogen(42) und umgekehrt würden die neu hinzugekommenen Sachen von der Pfandverschreibung ergriffen(43). Die Ersatzstücke werden allerdings nur dann vom Pfandnexus ergriffen, sofern sie nicht schon mit einem Registerpfandrecht belastet sind oder in fremdem Eigentum stehen(44). Zudem ist klar festzuhalten, dass hier nicht eine gesetzlich angeordnete Verlängerungsform vorliegt, die die künftigen Stadien des ursprünglichen Pfandgegenstandes erfasst(45). Vielmehr wird Sicherungsgut aus einem festgelegten Rahmen laufend freigegeben und dafür werden Ersatzwerte in gleicher Höhe in die dingliche Deckung einbezogen(46).

Zusammenfassend empfiehlt sich somit, das Registerpfandrecht als Pfandrecht an der Sachgesamtheit "Warenlager" auszugestalten und damit vom Wechsel der zur Sachgesamtheit gehörenden Einzelsachen unabhängig zu machen(47). Da den späteren Kreditgeber nicht die einzelnen verpfändeten Sachen interessieren(48), sondern die (nach Menge und Qualität bestimmte) Zahl der Gegenstände und die Höhe der gesicherten Forderung, brauchen an die genaue Bezeichnung

41) Vgl. auch Art. 889 I VE; FROTZ, Fortbildung 331; RAUCH 173.

42) Vgl. hiezu hinten § 37 II A 1 b.

43) Art. 889 II, III VE; dazu Erl II 339.

44) LEHMANN 46, 73 (§ 4 I Ziff. 3); s. hiezu die ausführliche (auf die deutschen Verhältnisse bezogene) Kritik bei PAULICK 109 ff. (Bei HUBER fehlt der Hinweis auf diese Einschränkung).

45) Vgl. dazu vorn § 34 II 2 bei N. 37 ff.

46) Vgl. Erl II 339; s. zudem DROBNIG, Gutachten F 74, 31; DERS., CNUDCI 61/62.

47) Vgl. aber hinten § 37 II A 1 b und die Kritik bei FROTZ, Fortbildung 332; DOSKOTZ 63.

48) Vgl. vorn § 34 II 3 b

der Einzelsachen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden(49). Das Pfandobjekt muss so deutlich umschrieben werden, dass Drittpersonen die Sachgesamtheit identifizieren können und der Gläubiger sie jederzeit als mit seinem Pfandrecht belastet nachweisen kann(50). Zu diesem Zweck ist auch der Lagerraum anzugeben(51). Vermag der Registereintrag aber kein klares Bild über den Umfang der Mobiliarhypothek zu vermitteln, so ist dem Pfandgläubiger die Pflicht aufzuerlegen, dem Schuldner (und durch ihn auch Dritten) auf Verlangen Auskunft über den Bestand des Sicherungsgutes zu geben(52).

2) Unternehmenspfandrecht

a) Modelle der Globalisierung

Sobald man Sachgesamtheiten als Objekt eines Registerpfandrechtes zulässt, stellt sich die Frage, ob nicht auch das Unternehmen als Sach- und Rechtsgesamtheit(53) der Verpfändung zugänglich gemacht werden sollte. Die Unternehmenshypothek verlässt also den Grundsatz der Einzelsicherung. Im Hinblick auf die globale Natur des Pfandrechts bieten sich mithin das amerikanische "security interest", die englische "floating charge" und das französische "nantissement du fonds de commerce" als Vorbilder an. Dabei ist zu untersuchen, inwieweit die Interessen der ungesicherten Gläubiger(54) geschützt sind.

b) Entscheidungsgesichtspunkte

Beim "nantissement du fonds de commerce" bilden im wesentlichen die immateriellen Werte des Unternehmens das Sicherungsgut(55). Warenlager und For-

49) Vgl. PAULICK 77 mit weiteren Nachweisen; s. aber HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 31.

50) Vgl. SALINGER, Verh. des 31. DJT I, 499. Nach PAULICK (77) ist schon genügend gewonnen, wenn der Drittgläubiger sieht, dass Veranlassung zu Zweifeln über die Kreditwürdigkeit vorliegt.

51) Vgl. auch vorn § 30 III 2 b bei N. 34 (zum deutschen Raumsicherungsvertrag).

52) Vgl. § 9-208 UCC (hiezuvorn § 14 II B 1 b bei N. 41 ff.). Vgl. demgegenüber PAULICK (77), der lediglich die Pflicht des Verpfänders erwähnt, die zur Sachgesamtheit gehörenden Waren zu inventarisieren und das Inventar fortlaufend zu ergänzen und zu berichtigen. Erst die im amerikanischen Recht gewährleistete Mitwirkung des Gläubigers bei der Abfassung der Erklärung schliesst indessen Betrügereien aus.

53) Dazu statt vieler: MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 88 ff.

54) Vgl. dazu vorn §§ 31 II, 34 II 3 b; zudem GOODE, ICLQ 1974, 266.

55) Vorn § 26 I 1.

derungen werden ausgeschlossen, um sie als Haftungsmasse für die ungesicherten Gläubiger zu erhalten(56). Die Beschränkung auf die unkörperlichen Gegenstände des Unternehmens hat sich aber negativ auf die praktische Bedeutung des Institutes ausgewirkt(57). Der goodwill ist kein geeignetes Sicherungsgut. Das Pfandrecht soll Sicherheit für den Fall bieten, dass das Unternehmen in Schwierigkeiten gerät. Einen über den Wert seiner einzelnen Bestandteile hinausgehenden Wert hat das Geschäft aber nur, solange es floriert(58). Verwertbar sind deshalb meist nur das Geschäftsmobilien und die Betriebseinrichtungen(59) sowie das Recht aus dem Mietvertrag(60).

Das auch als "floating lien" bezeichnete amerikanische Sicherungsrecht (61) kennt demgegenüber keine Beschränkungen. DROBNIG(62) spricht deshalb von der umfassendsten Globalsicherheit, die sich nur denken lässt. Das "security interest" lässt jedoch keine Schutzregeln zugunsten der ungesicherten Gläubiger erkennen(63). Mit der Bevorzugung des jüngeren Sicherungsrechtes aus Kauf vor einem bestehenden älteren "security interest" wird immerhin versucht, einige Gefahren eines solchen globalen Sicherungsmittels abzuwenden (64). Denn die Durchbrechung des Prioritätsprinzips erfolgt zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit auf dem Kreditmarkt sowie der Bewegungsfreiheit des Schuldners. Der einem jüngeren "purchase money security interest"(65) zur Abwehr der Gefahren eines Sicherungsmonopols gewährte Vorrang stellt indessen nichts anderes dar als einen Anwendungsfall der weit verbreiteten Idee(66), die dingliche Sicherung des Lieferantenkredites gegenüber der Sicherheit für den rei-

56) KUNZLER 46; TER MEULEN 113; DROBNIG, ZfRV 1972, 136.

57) Dazu vorn § 26 I 4. (Dies verkennen PAULICK [79] und FREUND [56]).

58) Vgl. EHRIG 136; ferner TER MEULEN 108 bei N. 12.

59) Vorn § 26 I 1 bei N. 7 f.

60) Vorn § 26 I 1 bei N. 4; s. TER MEULEN 114; zudem DROBNIG, Gutachten F 83; EHRIG 137.

61) Vgl. vorn § 13 III 2 b bei N. 46 f.

62) DROBNIG, ZfRV 1972, 138.

63) Nach DROBNIG (ZfRV 1972, 138) gehen im Konkurs des Schuldners dessen ungesicherte Gläubiger so gut wie völlig leer aus, wenn und soweit vom amerikanischen Sicherungsrecht in vollem Ausmasse Gebrauch gemacht wird.

64) Vgl. vorn § 16 II C 2 a bb bei N. 56 ff.

65) Zum Begriff s. vorn § 14 III bei N. 66 f.

66) Vgl. vorn § 33 I 2 b bei N. 22

nen Geldkredit zu begünstigen(67). Die amerikanische Lösung kann demnach nicht als gelungene Abwägung der widerstreitenden Interessen(68) im Falle einer Global sicherheit gelten(69).

Die englische floating charge erscheint als die ausgewogenste Form unter den ausländischen Modellen einer Unternehmenshypothek(70). Die Rücksichtnahme auf die Interessen der ungesicherten Gläubiger spiegelt sich namentlich in einer umfassenden Verdachtsperiode(71) und der Möglichkeit der Drittgläubiger, ihre Forderungen vor der "crystallisation" der floating charge im Wege der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft durchzusetzen(72). Bei der englischen Spielart der Unternehmenshypothek handelt es sich um eine zunächst nur potentielle und erst bei Eintritt bestimmter Umstände zu einem dinglichen Recht erstarkende Sicherheit, die das gesamte Gesellschaftsvermögen in seiner jeweiligen Zusammensetzung umfassen kann(73). Der Mangel einer echten dinglichen Sicherung vor Erstarrung der floating charge zwingt den Sicherungsgläubiger, engen Kontakt mit dem Schuldner zu halten, damit dieser seine Verbindlichkeiten gegenüber den andern Gläubigern erfüllen kann. Sind die Schwierigkeiten des Unternehmens aber nicht behebbar, so wird der Sicherungsnehmer zur Einrichtung des von der equity-Rechtsprechung geschaffenen "receiver" greifen(74). Die vom englischen Recht gewählte, der besonderen Eigenart des ständig wechselnden Sicherungsgutes angepasste Rechtsform führt also zu einer weitgehenden Preisgabe des Schutzes der Rechte des Sicherungsgläubigers(75).

Auch wenn sich die floating charge im englischen Wirtschaftsleben bewährt hat, stiesse die Uebernahme des Institutes in das schweizerische Recht auf Schwierigkeiten. Der Rezeption durch eine kontinentale Rechtsordnung

67) DROBNIG, CNUDCI 83.

68) Vgl. vorn § 34 II.

69) Vgl. die Kritik von DROBNIG, RabelsZ 1961, 442, 456; s. auch MERTENS 60 f.

70) Vgl. auch DROBNIG, CNUDCI 62 f.

71) Vorn § 20 II 1.

72) Vorn § 20 IV A, V 1.

73) Vorn § 20 I 3, 4.

74) TER MEULEN 126; dazu vorn § 20 V 2.

75) TER MEULEN 131; s. auch FROTZ, Fortbildung 335.

steht einmal der anglosächsische Rechtsdualismus(76) im Wege, der die Einzelgestaltung der floating charge prägt(77). Die mit der Einführung des englischen Modells in ein fremdes Rechtssystem verbundenen Probleme sind besonders bei der Ausdehnung der floating charge auf Schottland deutlich geworden(78). Näherer wirtschaftswissenschaftlicher Abklärungen bedarf zudem die Frage, inwieweit die Unternehmenshypothek in Form der floating charge zur Monopolisierung der Kreditinstitute als Kreditquelle der Wirtschaft führt(79). Hält man sich schliesslich vor Augen, dass das Unternehmenspfandrecht die letzte aus der Idee eines hypothekarischen Pfandrechtes gezogene Konsequenz darstellt(80), so scheint es doch fraglich, ob eine solche Unternehmenshypothek nicht über das aktuelle Ziel hinausschiesst(81). Das schwierige Gebiet der Mobiliarsicherheiten, auf dem nur eine "vermittelnde, differenzierende und die Verhältnisse peinlich abwägende Ordnung"(82) den verschiedenen Interessen(83) gerecht werden kann, erfordert ein behutsames Vorgehen des Gesetzgebers. Aus rechtspolitischen Gründen ist es m.E. angezeigt, vor der Uebernahme der Figur der Unternehmenshypothek zunächst ein Registerpfandrecht an Einzelsachen des Anlagevermögens(84) einzuführen und vor allem Erfahrungen mit dem Pfandrecht an Warenlagern(85) zu sammeln. Die vorliegende Untersuchung begnügt sich deshalb mit dem Hinweis auf die Anregungen, welche die floating charge für die schweizerische Diskussion zu bieten vermag(86).

76) Vgl. hiezu vorn § 18 I N. 3.

77) Vgl. KOCH 4 ff.; TER MEULEN 21 ff.; DROBNIG, Gutachten F 84; DERS., ZfrV 1972, 139.

78) Vgl. dazu TER MEULEN 132; KOCH 166 ff.

79) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 56, 85; HENCKEL, Verh. des 51. DJT II, O 166; BAYER, ebenda O 67.

80) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 62: "On peut sans doute considérer ces 'unités complexes' comme la conséquence extreme tirée de l'idée d'une sûreté sans dépossession, ..."

81) Vgl. FROTZ, Fortbildung 333; anders noch DERS., Gutachten 315 f.

82) GUHL, Recht und Wirtschaft 1912 1, 362; vgl. auch MARTIN 55 f. und vorn § 5 III.

83) Die vom schweizerischen Recht bereits zugelassenen Unternehmenshypotheken schützen dagegen vorwiegend öffentliche Interessen (vgl. vorn § 6 I 2).

84) Hiezu oben I B.

85) Vgl. oben I C 1; zudem KLANG, JBl 1926, 304.

86) Ein fundierter Vorschlag bedarf wohl auch eingehender Beschäftigung mit

der schwedischen Unternehmenshypothek; vgl. hiezu LOEGDBERG, Die schwedische Gesetzgebung über Unternehmenshypotheken, RabelsZ 1967, 319 ff.; FROTZ, Gutachten 310 f.; s. auch DROBNIG, CNUDCI 59 f.; DERS., ZfRV 1972, 137 N. 27; ferner zum Problem im allgemeinen: FROTZ, Fortbildung 334 f.; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 90.

II. Keine weiteren Beschränkungen

1. Beteiligte Personen

Beschränkungen hinsichtlich des Pfandgläubigers sollen einer wucherischen Ausbeutung des Schuldners entgegenwirken und eine grössere Gewähr für richtige Gesetzesandwendung bieten(87). Lässt man indessen als Gläubiger nur besonders qualifizierte Kreditinstitute zu, so kann die Mobiliarhypothek nicht zur Sicherung von Warenkrediten verwendet werden(88). Auch wenn eine Reform der Kreditsicherung sich um die Verbesserung der Situation des Geldkredites bemühen muss(89), ist eine solche Favorisierung des Bankenkredites wohl kaum sachgerecht. Die Person des Pfandgläubigers sollte deshalb keinen Beschränkungen unterworfen sein(90).

Beim Verpfänder ist zu beachten, dass sich indirekt Beschränkungen aus dem Katalog zulässiger Sicherungsgüter ergeben(91).

2. Pfandforderung

Auch das besitzlose Pfandrecht ist akzessorisch(92). Der englische Vorschlag, das Sicherungsrecht nur für Forderungen von einer gewissen Höhe zur Verfügung zu stellen, um eine Ueberlastung der Registerbehörde zu verhindern(93), ist abzulehnen. Diese Beschränkung ist entbehrlich, da das Registerpfandrecht - im Unterschied zur "bill of sale"(94) und zum beantragten englischen

87) Vgl. vorn § 7 I 1 a; DROBNIG, CNUDCI 18 f.; DERS., RabelsZ 1974, 473 f.

88) Vgl. PAULICK 85; ADAMS 104; DOSKOTZ 64; WEISWEILER 56/57; LEHMANN 47.

89) Vgl. vorn § 33 I 2 a bei N. 16.

90) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 27 f.; ferner SIMITIS, AcP 110 f.

91) Dazu oben I B, C 1; vgl. DROBNIG, CNUDCI 19; DERS., RabelsZ 1974, 474; s. auch FROTZ, Fortbildung 339 f.; zudem PAULICK 83 f.; ADAMS 105 f.; WEISWEILER 57 f.; DOSKOTZ 63 f.

92) Vgl. vorn § 34 IV; PAULICK 118; SIMITIS, AcP 1971, 144. Die materiellen Untergangsgründe des Pfandrechts sind denn auch im wesentlichen die gleichen wie beim Faustpfand (s. PAULICK 102). Zur Bedeutung der Löschung des Eintrages vgl. hinten §§ 36 II, 37 II A 2.

93) Vgl. CROWTHER Report (I, 5.7.26 S. 212), wonach die Forderung den Minimalbetrag von £ 300 erreichen muss.

94) Vorn § 22 II 2 b.

"security interest"(95) - nur an bestimmten Mobilien begründet werden kann und damit nicht allen Personen zur Benützung freisteht(96).

95) Vorn § 22 II 2 b.

96) Oben II 1 bei N. 91; s. ferner PAULICK 82; ADAMS 106; WEISWEILER 59; DOS-KOTZ 64.

§ 36 Begründung des Pfandrechts

Für die grundsätzlichen Fragen der juristischen Struktur und des möglichen Anwendungsbereiches besitzloser Mobiliarsicherheiten vermochte das Ausland Anregungen zu liefern. Die im Bereich der EG getroffenen Regelungen der übrigen, auch nicht rein rechtstechnischen Fragen wirken dagegen oft recht zufällig(1). Es empfiehlt sich deshalb, auf die zahlreichen technischen Fragen des Registers(2) nur kurz einzugehen und die Wirkungen der Verschreibung lediglich insoweit zu behandeln, als die Vorschriften über das Faustpfand unanwendbar sind(3).

I. Zusammenhang zwischen Registrierung und Pfandvertrag

Die Wahl des Publizitätsaktes beeinflusst die formellen Voraussetzungen des Pfandvertrages. Dem Publizitätsgedanken werden sowohl die Registrierung als auch die Hinterlegung des Pfandvertrages gerecht(4). Dient der Vertrag als Grundlage für die spätere Registrierung, so ist der Gesetzgeber gezwungen, bestimmte formelle Anforderungen an das Kausalgeschäft zu stellen. Da in diesen Fällen der gesamte Pfandvertrag dem Registeramt mitgeteilt wird, erfahren Dritte alle Einzelheiten der getroffenen Vereinbarung. Zur Wahrung des Geheimhaltungsinteresses des Schuldners(5) wurde daher in der englischen Diskussion vorgeschlagen, das amerikanische "notice filing"(6) einzuführen(7). Das Geheimhaltungsinteresse allein vermag indessen die Uebernahme der amerikanischen Registrierungstechnik nicht zu rechtfertigen. Ein befriedigendes

-
- 1) Nach GRAVENHORST (108) gehören dazu etwa die Formalitäten und der Zeitpunkt des Bestellungsaktes, die Dauer der Sicherungsrechte, die nähere Regelung des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Sicherungsgeber vor der "Pfandreife", der Eintritt der Verwertungsberechtigung und die Modalitäten der Verwertung.
 - 2) Vgl. auch HENCKEL, Verh. des 51. DJT II, O 102.
 - 3) Vgl. bereits Erl II 339; zudem OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 4; PAULICK 64.
 - 4) Vgl. PROTZ, Fortbildung 327/328; PAULICK 90; s. auch die klare Abgrenzung zwischen "registration" und "filing" im CROWTHER Report I, 5.7.13 S. 208 f.
 - 5) Vorn § 34 II 2 bei N. 41 f.
 - 6) Vorn § 14 II B 1.
 - 7) CROWTHER Report I, 5.7.49 IV S. 218.

Resultat liesse sich nämlich auch im Wege des Grundsatzes der beschränkten Öffentlichkeit erreichen(8). Die amerikanische Lösung hängt vielmehr eng mit der Ausgestaltung des Sicherungsrechtes zu einem globalen Sicherungsmittel zusammen(9). Denn das "notice filing" ist besonders nützlich bei dauernd wechselndem Sicherungsgut(10) und erleichtert zudem eine Registrierung mittels elektronischer Datenverarbeitung(11). Für die Verpfändung von Warenlagern empfiehlt sich demnach eine der amerikanischen Technik nachgebildete Registrierung(12). Auf dem Gebiete der Anlagegüter dagegen erfordert die Art des zugelassenen Sicherungsgutes keine abstrakte Eintragung. Die für das Anmeldeverfahren(13) benötigten Angaben, wie Eigentümer der Pfandsache, Gläubiger und Schuldner der pfandversicherten Forderung, Forderungsbetrag(14) und Pfandgegenstand(15), dienen der anschliessenden Registrierung(16). Zudem bedarf der Pfandvertrag zu seiner Gültigkeit der Schriftform. Damit wird

-
- 8) Die Einsicht in das Register ist nur solchen Personen gestattet, die ein Interesse glaubhaft machen (vgl. ADAMS 45 f.; WEISWILER 62).
- 9) Vgl. CNUDCI, A/CN.9/132 S. 11; CROWTHER Report I, 5.6.5 S. 201, 5.7.51 S. 219.
- 10) Vgl. UCC, Kommentar 2 zu § 9-402 (s. auch BAILEY 143); CROWTHER Report I, 5.7.49 I S. 218.
- 11) Vgl. CROWTHER Report I, 5.7.49 V S. 219; s. ferner FROTZ, Gutachten 306. Enthält das "security agreement" die für die Finanzierungsanzeige geforderten Angaben, so genügt die Einreichung des Sicherungsvertrages (§ 9-402[1] UCC). Bezeichnenderweise erheben jedoch verschiedene Staaten eine höhere Gebühr, falls die Masse der Vertragsausfertigung ein bestimmtes Format übersteigen (CNUDCI, A/CN.9/132 S. 10 N. 29). Der CROWTHER Report (I, 5.7.53 S. 220) verbietet die Einreichung des Vertrages. Vgl. a.a.O., 5.7.16 S. 209: "To permit filing of the security agreement itself is likely to create administrative problems."
- 12) Vgl. vorn § 35 I C 1, insbes. auch bei N. 52 f.
- 13) Gegen das Abheften des Vertrages sprechen Praktikabilitätsüberlegungen (s. oben N. 11); vgl. auch PAULICK (87 ff.), wonach das Registerpfandrecht zwar bereits mit der Niederlegung des Pfandvertrages entsteht, die Registrierung aber dennoch vorzunehmen ist, um die Uebersicht über die bestehenden Pfandrechte zu erleichtern (90).
- 14) Vgl. Art. 887 I VE; zum Forderungsbetrag s. BGE 59 II 148 f.; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 33, Art. 884 N. 138 ff.; ferner CNUDCI, A/CN.9/132 S. 12 f. 32.
- 15) Gemäss Art. 887 II VE ist die Pfandsache so genau zu bezeichnen, als die Umstände es zur Vermeidung von Verwechslungsgefahren erfordern. Vgl. auch CNUDCI, A/CN.9/132 S. 6 a.E.
- 16) Vgl. CROWTHER Report I, 5.7.53 V S. 220; s. aber auch DROBNIG, CNUDCI 34 ff., 47 a.E.

dem Gedanken des Uebereilungsschutzes(17) Rechnung getragen. Mit der schriftlichen Fixierung des Pfandvertrages entsteht aber kein zunächst nur inter partes wirksames Pfandrecht (18). Sobald das offenkundig gemachte Pfandrecht entstanden ist, entfaltet es vielmehr als dingliches Recht sowohl im Innen- wie auch im Aussenverhältnis seine Wirkungen(19). Eine mit der Dogmatik des ZGB verträgliche neue Art der Pfandrechtsbegründung muss also den tauglichen Publizitätsakt(20) als konstitutiven Modus ausgestalten.

II. Registereintrag

Konstitutive(21) Vollzugshandlung ist bei der neuen Konzeption der die Besitzübertragung ersetzende Registereintrag. Das Register besitzt demnach negative Rechtskraft(22).

Betrachtet man die ausländischen Behördenorganisationen, so sind in bezug auf die örtliche Zuständigkeit drei grosse Systeme erkennbar: die zentrale Eintragung, die Registrierung am Standort der belasteten Güter und die Eintragung am Wohnsitz des Schuldners(23). Ein für die ganze Schweiz zuständiges einziges Registeramt würde die Kreditinformationen erleichtern und Zuständigkeitsprobleme verhindern; zudem entfielen die Neueintragung im Falle eines Wohnsitzwechsels des Schuldners oder eines Standortwechsels des Pfandgegenstandes(24). Wählt man aus föderalistischen Gründen(25) die dezentralisierte

17) Vgl. vorn § 10 III 2; ferner LEHMANN 41.

18) Vgl. demgegenüber vorn §§ 12 IV bei N. 37 (zum amerikanischen Recht), 23 II 2 N. 28 (zum französischen Recht).

19) Vgl. die Kritik von HAAB/SCHERRER (Art. 717 N. 51) an der Lösung des Art. 717 ZGB.

20) Vgl. vorn § 34 III B 2 c.

21) Zu den übrigen Wirkungen des Registers s. hinten § 37 II A.

22) Dazu vorn §§ 7 II 2 c, 8 II B 3.

23) Vgl. hiezu im einzelnen DROBNIG, CNUDCI 37 ff.

24) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 49; FROTZ, Fortbildung 329; SIMITIS, AcP 1971, 125; s. auch vorn § 14 II B 2 bei N. 56.

25) Die lokale Eintragung ist allerdings dort von Vorteil, wo die Kreditanfragen aller Voraussicht nach von Personen gestellt werden, die in demselben Verschreibungskreis wohnen (s. CNUDCI, A/CN.9/132 S. 12 § 34; SIMITIS, AcP 1971, 125/126).

Eintragung, so ist dasjenige (vom Kanton zu bestimmende) (26) Verschreibungsamt zuständig, in dessen Bezirk der Verpfänder Wohnsitz hat (27). Für den Fall, dass der Schuldner seinen Wohnsitz ändert, ist eine neue Eintragung innerhalb von 3 Monaten erforderlich (28).

Ein Bedürfnis, die Wirksamkeit des Pfandrechts von der Einhaltung einer Frist zur Anmeldung des Pfandvertrages abhängig zu machen (29), ist nicht vorhanden. Eine solche Bestimmung ist nur dort angebracht, wo bereits mit Abschluss des Pfandvertrages ein inter partes wirksames Pfandrecht entsteht, das zunächst dritten Personen nicht erkennbar ist. Ueberdies zeigt das amerikanische Beispiel (30), dass jeder Pfandgläubiger selbst darauf bedacht sein wird, möglichst bald gesichert zu werden (31). Der Gläubiger kann auf den Schuldner Druck ausüben, indem er die Gewährung des in Aussicht gestellten Kredites von der vorgängigen Registrierung abhängig macht.

Zur Entlastung des Registers von gegenstandslos gewordenen Eintragungen ist ein Bereinigungsverfahren vorzusehen. Dieses Verfahren bildet die Grundlage für die beschränkte Dauer der Pfandrechtswirkung. Die Eintragung in das Register ist in Abständen von 5 Jahren zu erneuern; sie kann vor Ablauf dieser Frist beliebig oft verlängert werden (32).

26) Vgl. Erl II 336; OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 8 ff.

27) Vgl. Erl II 337.

28) Vgl. Art. 888 III VE, Art. 894 III E (s. dazu vorn § 5 III 2 bei N. 69); s. auch vorn § 14 II B 2 N. 57; Art. 3 EigVV; KLANG, JBl 1926, 303.

29) Für das französische Recht s. vorn §§ 25 I 2 bei N. 10, II 2 bei N. 44; 26 I 2 bei N. 15.

30) Vorn § 14 II B 3.

31) Aus diesem Grund erübrigt sich auch eine Bestimmung, die festlegt, welche der Parteien für die notwendigen Formalitäten zu sorgen hat; vgl. DROBNIG, CNUDCI 36/37; SIMITIS, AcP 1971, 122.

32) Art. 888 I VE sah eine Wirkungskdauer von 2 Jahren vor (dazu vorn § 5 III 1 c); s. aber Art. 3 der VO des Bundesgerichtes betreffend Bereinigung der Eigentumsvorbehaltregister vom 29. März 1939 (SR 211.413.11); ferner DROBNIG, CNUDCI 40 f.; s. demgegenüber PAULICK 102 (Vgl. auch Erl II 338: "Alle anderen Untergangsgründe verlangen für die Verschreibung keine besondere Ordnung.").

§ 37 Wirkungen des Pfandrechts

I. Zwischen den Parteien

1. Vor der Pfandverwertung

a) Allgemeines

Die Rechte und Pflichten der Parteien sind entweder im Pfandvertrag selber enthalten oder ergeben sich durch Heranziehung der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften(1). Der nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) auszuführende Sicherungszweck des Vertrages bestimmt das obligatorische Rechtsverhältnis(2). Der Schuldner ist in der Behandlung der Sache soweit pflichtgebunden, als er dabei das Sicherungsrecht des Gläubigers nicht beeinträchtigen darf(3). Dem Pfandnehmer wird das Recht eingeräumt, die Durchführung der Massnahmen des Pfandschuldners zu kontrollieren, die zum Schutz seiner Interessen(4) vereinbart worden sind(5). Handelt der Verpfänder seinen Verpflichtungen zuwider, so sind die grundpfandrechtlichen Art. 808-810 ZGB analog anwendbar(6). Im Falle der Verpfändung eines Warenlagers ist der Gläubiger verpflichtet, eine ihm vom Schuldner übermittelte Aufstellung über den Pfandgegenstand unterschrieben oder allenfalls korrigiert zurückzusenden(7).

b) Rechtliche Verfügungen

Soweit es sich um die Verpfändung von Anlagegütern handelt, gebietet das Interesse des Gläubigers an der Erhaltung der Sicherheit, Veräusserungen

1) Vgl. OFTINGER/BAER, Art. 890 N. 6, Art. 885 N. 53.

2) Vgl. auch vorn § 30 IV bei N. 38.

3) Vgl. WAHL/BLOMEYER 608. - Aus dem typischen Vertragszweck folgt denn auch, dass der Pfandschuldner seinen Wohnsitzwechsel dem Gläubiger anzuzeigen hat (vgl. vorn § 36 II bei N. 28).

4) Zu den Interessen des Gläubigers s. vorn § 34 II 1.

5) Vgl. SERICK II 63; PAULICK 98; s. auch WESTERMANN, Interessenkollisionen 10/11.

6) Vgl. hiezu OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 55; ferner PAULICK 97.

7) Vorn § 35 I C bei N. 52; s. indes. auch BAILEY 95 ff.

und zusätzliche Belastungen der Pfandsache zu verbieten(8). Der Ausschluss von Verfügungen führt dagegen zu untragbaren Ergebnissen, wenn das Pfandrecht an Umlaufgütern bestellt wird(9). Der Zweckbestimmung von Umlaufgütern entspricht es, die für den Umschlag erforderlichen tatsächlichen oder rechtlichen Verfügungen über den Pfandgegenstand zu erlauben(10). Denn sehr oft werden beide Parteien davon ausgehen, dass erst die produktive Verwendung des Sicherungsgutes die Rückzahlung des gesicherten Kredites ermöglichen wird(11). Bei der Verpfändung von Warenlagern ist deshalb dem Pfandschuldner die Veräusserung(12) grundsätzlich gestattet. Falls die Veräusserung aber die ganze Gesamtheit oder einen grösseren Posten aus ihr betrifft oder ausserhalb des ordentlichen Geschäftsverkehrs erfolgt, muss der Schuldner die Zustimmung des Gläubigers einholen(13). Das Interesse des Gläubiger wahrt die dem Art. 889 III VE nachgebildete Bestimmung, wonach eine Sache mit dem Eintritt in die Gesamtheit(14) im Umfang der anfänglichen Verschreibung der Pfandhaft unterworfen ist(15). Der Schuldner ist mithin verpflichtet, das Warenlager auf einer der Pfandforderung entsprechenden Höhe zu halten(16).

8) Vorn § 34 II 1 nach N. 25; zudem WAHL/BLOMEYER 618.

9) Zur "floating charge" s. vorn § 20 III 1; für das amerikanische Recht vgl. vorn § 15 I; s. auch § 34 II 1 bei N. 26 f.; SIMITIS, AcP 1971, 129.

10) Vgl. DROBNIG, Gutachten F 29; s. aber vorn § 34 II 1 bei N. 30 ff.

11) Vorn § 33 I 1 bei N. 3.

12) Die Belastung mit einem andern Sicherungsrecht bleibt jedoch zweckwidrig (s. DROBNIG, Gutachten F 29).

13) Vgl. LEHMANN 75 (§ 10 III). LEHMANN (a.a.O.) führt die Voraussetzungen der Zustimmung allerdings kumulativ auf. Zur Bedeutung der Vorschrift vgl. unten II A 1 b.

14) Vgl. WEISWEILER 52. Danach werden auch die Ersatzstücke von der Pfandhaft erfasst, die an die Stelle von unbefugterweise veräusserten Sachen treten; s. aber die Einschränkung vorn § 35 I C 1 bei N. 44.

15) Vorn § 35 I C 1 bei N. 45 f.; s. auch SIMITIS, AcP 1971, 114. - Im Interesse des Gläubigers wird also lediglich ein stationärer Sicherungsrahmen anstelle abgegangenen Sicherungsgutes ständig mit gleichartigem neuen Sicherungsgut wieder aufgefüllt. Zum Einwand, ein Ausschluss von Verlängerungen (s. vorn § 34 II 1 bei N. 30 ff.) erschwere die dingliche Sicherung des Anschaffungskredits für Umlaufgüter stärker als denjenigen von Anlagegütern, s. DROBNIG, Gutachten F 74: "Diese unterschiedliche Behandlung ist [...] sachbedingt und kann deshalb auch von Rechts wegen in Kauf genommen werden."

16) Vgl. SERICK II 63 f.; LEHMANN 76 (§ 12 II); KLANG, JBl 1926, 304; PAULICK 113.

2. Pfandverwertung

a) Pfandverwertung als Sanktion

Sobald die pfandgesicherte Forderung fällig geworden ist, erlangt der Pfandgläubiger die Befugnis zur Pfandverwertung(17). Abgesehen von dem üblichen Eintritt der Fälligkeit der Forderung ist es zum Schutze des Gläubigers (18) angebracht, unter bestimmten Voraussetzungen die Verwertungsbefugnis schon vorzeitig eintreten zu lassen. Es handelt sich dabei um die Fälle, in denen der Pfandschuldner mit einer Handlung in Verzug gerät, die zur Aufrechterhaltung des Pfandrechts notwendig ist(19). Das Verhalten des Verpfänders muss demnach das Recht des Gläubigers beeinträchtigen und damit die künftige Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfand gefährden(20).

b) Grundsätze

Der Dualismus zwischen Privatinitiative und amtlicher Intervention prägt die Vorschriften über die Pfandverwertung(21). Die ausländischen Erfahrungen(22) lehren, dass umständliche Befriedigungsformalismen die praktische Bedeutung der Sicherungsrechte erheblich schmälern.

Das amtliche Verfahren der Zwangsvollstreckung erfolgt wie beim Faustpfand nach den Vorschriften des SchKG(23). Die private Verwertung ist zulässig(24). Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich der Gläubiger, um den Pfand-

17) Art. 891 I ZGB. Die nicht auf den Pfandbesitz zugeschnittenen Vorschriften Art. 891-894 ZGB gelten auch für die Mobiliarhypothek (s. OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 4, Art. 891 N. 18; ferner vorn § 34 IV).

18) Sobald der Kreditgeber das Vertrauen zum Schuldner verloren hat, tritt der für alle Sicherungsrechte typische Interessengegensatz von Sicherungs- und Verwertungsinteressen des Gläubigers und Abwehrinteressen des Schuldners auf (WESTERMANN, Interessenkollisionen 9).

19) Vgl. oben I 1; s. auch OFTINGER/BAER, Art. 891 N. 18; vorn § 19 IV 1 bei N. 41 (zum "chattel mortgage").

20) PAULICK 99.

21) DROBNIG, CNUDCI 89; CROWTHER Report I, 5.6.24 ff. S. 204 f.

22) Vorn §§ 17 II, 24 IV.

23) Art. 87, 151 ff. sowie Art. 37 II SchKG; hiezu OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 129 ff., Art. 891 N. 37 ff.; s. auch FROTZ, Gutachten 315 i.V.m. 103 f.; kritisch KLANG, JBl 1926, 302.

24) Vgl. dazu OFTINGER/BAER, Art. 891 N. 48 ff.

verkauft durchzuführen zu können, wobei der Besitz am Pfandgegenstand verschaffen muss. Die amerikanische Lösung, wonach der Sicherungsnehmer die Herausgabe des Sicherungsgutes durch Selbsthilfe erzwingen kann, sofern der öffentliche Friede gewahrt bleibt, ist abzulehnen(25). Weigert sich der Schuldner, den Pfandgegenstand zur Verwertung herauszugeben, so ist der Gläubiger vielmehr trotz bestehender Verfügungsbefugnis(26) nicht berechtigt, sich den unmittelbaren Besitz ohne oder gar gegen den Willen des Schuldners zu verschaffen. Eine solche Handlung wäre verbotene Eigenmacht (Art. 926 ff. ZGB)(27). Kommt der Verpfänder seiner Herausgabepflicht nicht nach, so kann dieser seinen Besitzanspruch nur klageweise durchsetzen(28). Sobald der Gläubiger Besitz erlangt hat, sind im übrigen die für die private Verwertung des Faustpfandes geltenden Vorschriften anwendbar(29), die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) herleiten(30).

II. Im Verhältnis zu Dritten

A. Registerwirkungen

1. Keine positive Publizitätswirkung

a) Einzelsachen (gewerbliche Anlagegüter)

Die Uebertragung des Pfandbesitzes hat eine Doppelfunktion. Sie dient einmal dem Publizitätsgedanken(31) und zum andern schützt sie den Gläubiger vor einer Veruntreuung des Pfandgegenstandes durch den Schuldner(32). Soll nun eine Registereintragung diese beiden Funktionen der Besitzentziehung erfassen, so hat man die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs auszuschliessen(33).

25) Die Verfassungsmässigkeit von § 9-503 UCC ist denn auch umstritten (s. vorn § 17 II 1 N. 13).

26) Oben I 2 a.

27) SERICK III 462; s. auch DROBNIG, Gutachten F 33.

28) Vgl. DROBNIG, CNUDCI 89; zudem SERICK III 463 f.; PAULICK 99 f.

29) Vgl. auch § 9-501(1) 4. Satz UCC (s. vorn § 17 II 1 bei N. 15).

30) Vgl. OFTINGER/BAER, Art. 891 N. 56 ff.

31) Vorn § 10 I A 2.

32) Vorn § 10 II; s. auch § 32 I A, B 2 a.

33) Der kleine Anwendungsbereich des gutgläubigen Fahrnisserwerbes im englischen Recht (vorn §§ 19 IV 2 bei N. 45, 22 I bei N. 5 f.) ermöglicht ein Registereintrag mit Kenntnispräsumtion (s. HOFSTETTER 15). Vgl. CROWTHER Report I, 5.7.8 f. S. 206.

Dem Register muss also die positive Publizitätswirkung zuerkannt werden (34).

Der Gedanke der Gläubigersicherung besitzt indessen nicht die gleiche Bedeutung wie das Ziel der Publizität(35). Wenn der Gläubiger dem Schuldner freiwillig den Besitz am Pfandgegenstand überlässt, dann geht er damit ein gewisses Risiko ein, das er selbst abschätzen kann. Es genügt, das Faustpfandrecht als Wahlform neben dem besitzlosen Pfandrecht bereitzustellen(36). Wird die Registrierung auf die Publizitätsfunktion beschränkt, so wirkt das Pfandrecht nicht gegen gutgläubige Dritterwerber(37). EUGEN HUBER(38) sah für die Einträge im Verschreibungsprotokoll keine Kenntnisfiktion vor; die positive Publizitätswirkung fehlt denn auch bei der Viehverschreibung(39) und beim Eigentumsvorbehalt(40). Die Uebernahme dieser Lösung empfiehlt sich, da es den Verkehr übermässig belasten würde, wenn mit dem Registereintrag wie beim Grundbuch die unwiderlegbare Vermutung der Kenntnis verbunden wäre(41). Die Mobilien sind - im Unterschied zu den Immobilien - schwer identifizierbar(42) und das Verkehrsinteresse(43) verlangt ihre leichte Zirkulation. Mit HUBER(44) ist davon auszugehen, dass die Erkundigungs- und Sorgfaltspflicht des Erwerbers weitgehend von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Ob man dem Erwerber zumuten kann, vor dem Erwerb noch das Pfandregister einzusehen, ist mithin ein Anwendungsfall richterlichen Ermessens(45).

34) Vorn §§ 7 IV 1 a, 8 III 1 a; vgl. FROTZ, Gutachten 315.

35) Vgl. auch OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 199.

36) Vorn § 10 II.

37) KAY 63.

38) Erl II 336.

39) Vorn § 7 IV 1 b.

40) HABB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 79 (s. auch vorn § 34 IV a.E.).

41) Vgl. WAHL/BLOMEYER 618; PAULICK 66, 104 f.; WEISWEILER 50; KLANG, JBl 1926, 303; s. auch vorn § 16 II C 1 a aa bei N. 30 (zum amerikanischen Recht); § 24 III 2 bei N. 45 (zu den französischen "warrants").

42) Aus diesem Grund ist das Register nicht unmittelbar am Pfandgegenstand selbst zu orientieren (Realfoliensystem), sondern an der Person des Pfandschuldners (Personalfoliensystem); s. GRAVENHORST 103; FROTZ, Fortbildung 340; PAULICK 94.

43) Vorn § 34 II 3 a.

44) Erl II 338.

45) Vgl. JAEGGI, Art. 3 N. 119 ff., insbes. N. 125; s. auch DROBNIG, CNUDCI 70/71; RAUCH 156/157. - HUBER (Erl II 338) hat es ausdrücklich abgelehnt, allgemeine Regeln aufzustellen.

Die Beschränkung der Registrierung auf die Funktion, einer Täuschung Dritter über die Kreditfähigkeit des Schuldners vorzubeugen(46), hat zur Folge, dass an die Stelle des mit der Besitzentziehung erfüllten Sicherungszweckes das Vertrauen des Gläubigers in die Ehrlichkeit des Schuldners tritt(47). Im Verhältnis zum Schuldner wird das dingliche Recht des Gläubigers zu einem schuldrechtlichen Anspruch gegen den Verpfänder abgeschwächt, die Sache für ihn bereitzuhalten(48). Die Einhaltung des Verfügungsverbot(49) ist lediglich strafrechtlich geschützt(50). Diesen personenbezogenen Einschlag weisen insbesondere auch die französischen "gages sans dépossession" auf(51). Um das Sicherheitsbedürfnis des Gläubigers zu befriedigen, müssen somit das auf der Sachherrschaft des Pfandnehmers beruhende Fuastpfandrecht(52) und die Mobiliarpfandhypothek nebeneinander zur Wahl gestellt werden(53).

b) Warenlager

Nach HUBER(54) werden bei der Verpfändung eines Warenlagers nicht die einzelnen Stücke der Gesamtheit vom Pfandrecht erfasst, sondern die Sachgesamtheit als solche. Die aus dem Verband ausscheidenden Güter werden denn auch automatisch pfandrechtsfrei. Nach dieser Konzeption ist die für bestimmte Verfügungen geforderte Zustimmung des Pfandgläubigers(55) nur für das Innenverhältnis von Bedeutung; sie regelt m.a.W. die Rechtmässigkeit einer Veränderung des Warenlagers(56). Werden die Güter unabhängig von der Zustimmung des Pfandgläubigers pfandrechtsfrei, so überträgt der Verpfänder folglich dem

46) Vorn § 34 II 3 b.

47) KAY 63; WEBER, Publizitätsprinzip 34.

48) Vgl. EHRIG 198; WEISWEILER 49; KLANG, JBl 1926, 303 a.E.

49) Oben I 1 b bei N. 8.

50) Vgl. Art. 147 I StGB; Erl II 333/334; s. auch vorn § 7 III B 2 a; MERTENS 46 (zum Eigentumsvorbehalt).

51) Vgl. vorn §§ 23 I 2 bei N. 22 f., 24 II B 2 a, 25 II 3.

52) Vgl. vorn § 33 I 1 bei N. 1.

53) Vgl. HROMADKA, JuS 1980, 94 nach N. 95; PAULICK 119.

54) Erl II 339; s. auch vorn § 35 I C 1 bei N. 42 ff.

55) Oben I 1 b bei N. 13.

56) FROTZ, Fortbildung 334; zudem KLANG, JBl 1926, 304.

Dritten unbelastetes Eigentum, ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Erwerbers(57). Die Frage der Gutgläubigkeit stellt sich somit erst dann, wenn für den Eintritt der Pfandfreiheit nicht mehr nur das Ausscheiden aus der Sachgesamtheit genügt, sondern auf die schuldrechtlichen Grenzen der Verfügungsbefugnis abgestellt wird. Will man also den Pfandgläubiger gegen bösgläubige Erwerber schützen, so ist die rechtsvernichtende Wirkung des Wechsels in den Bestandteilen auf die im ordentlichen Geschäftsgang durchgeführten oder nur einzelne Teile betreffenden Änderungen des Bestandes(58) zu beschränken(59). KLANG(60) weist indessen mit Recht darauf hin, dass der zur Zeit der Realisierung des Pfandrechts noch vorhandene Umfang des Warenkomplexes nach wie vor vom guten Willen des Schuldners abhängt.

2. Kein öffentlicher Glaube

Art. 884 II ZGB sieht die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs des Faustpfandrechts vom Nichtberechtigten vor. Dieses Werturteil des Gesetzgebers beruht auf dem Veranlassungsprinzip, wonach der Eigentumsschutz weichen muss, sofern der Eigentümer dem Erwerber Anlass zu irrtümlichem Vertrauen gibt(61). Wird dem Pfandregister der öffentliche Glaube nicht zuerkannt, so kann das Pfandrecht erst dann gutgläubig erworben werden, wenn der Erwerber den Besitz an der Pfandsache zum Zweck ihrer Verwertung erhält und in diesem Augenblick noch gutgläubig ist(62).

Die Wirkung des öffentlichen Glaubens wird vom Veranlassungsprinzip nicht beschränkt(63). Der gesetzgeberische Grund des Gutglaubensschutzes besteht hier demnach nicht im Verhalten des Gegeninteressenten, des Eigen-

57) FROTZ, Fortbildung 334/335; widersprüchlich PAULICK 112 f.; WEISWEILER 52.

58) Vgl. oben I 1 b bei N. 13.

59) Vgl. FROTZ, Fortbildung 334; WEISWEILER 52; LEHMANN 30, 77 (§ 16 II); ferner die kasuistische Regelung bei PAULICK 113.

60) KLANG, § 302 I B 2 S. 39; DERS., JB1 1926, 304.

61) Vgl. statt vieler: STARK, Vorbem. Art. 930-937 N. 30, 34 i.V.m. OFTINGER/BAER, Art. 884 N. 325; HAAB/SCHERRER, Art. 714 N. 62.

62) PAULICK 107.

63) JAEGGI (Art. 3 N. 59) bezeichnet die Wirkung deshalb als Rechtsscheinprinzip im engeren Sinn. Vgl. demgegenüber PAULICK 108 f.; zudem vorn § 16 III a.E.

tümers, sondern in einem öffentlichen Interesse am Tatbestand(64). LEHMANN (65) und SIMITIS(66) jedoch verneinen die Notwendigkeit, die Interessen des Gläubigers denen des Eigentümers vorzuziehen, mit der Begründung, der Pfandgläubiger vertraue dem Schuldner in gleichem Masse wie der wahre Eigentümer der als Pfand angebotenen Sache, da beide dem Schuldner den Besitz an der Sache überliessen. Damit wird aber nur die Frage beantwortet, ob der gutgläubige Registerpfandgläubiger den gleichen Rechtsschutz verdiene wie der Faustpfandgläubiger. Der Wertentscheid im Hinblick auf die Verkehrssicherheit(67) dagegen ist den Ordnungen der Viehverschreibung und des Eigentumsvorbehaltes zu entnehmen, die beide den öffentlichen Glauben nicht schützen(68). Als ein einfaches Gerechtigkeitsargument aus der Balance von Vor- und Nachteilen erscheint schliesslich auch die Ueberlegung, wenn die positive Publizität schon nicht zu Lasten Dritter wirke(69), sie dann aber auch nicht zugunsten Dritter eintreten zu lassen(70).

B. Stellung des Pfandgläubigers im Konkurs

Die Feuerprobe aller dinglichen Sicherungsrechte ist die Insolvenz des Schuldners(71). Das Pfandrecht soll dem Pfandgläubiger ein Vorzugs- und Verwertungsrecht verschaffen, das ihm den Vorrang vor den übrigen Gläubigern des Pfandschuldners sichert(72). Von besonderer Bedeutung ist die Stellung des Pfandgläubigers im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners.

64) JAEGLI, Art. 3 N. 56, 58 f.

65) LEHMANN 52.

66) SIMITIS, AcP 1971, 127.

67) JAEGLI, Art. 3 N. 59.

68) Vgl. vorn § 7 IV 2 b für das Viehverschreibungsprotokoll (s. insbes. auch OPTINGER/BAER, Art. 885 N. 49, 51); zum Eigentumsvorbehaltregister s. HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 80. Die Wirkung des öffentlichen Glaubens fehlt auch den meisten ausländischen Pfandregistern (SIMITIS, AcP 1971, 127; s. auch DROBNIG, CNUDCI 43).

69) Oben II 1 a.

70) BAER 152. Es handelt sich dabei um den Umkehrschluss aus einer für den öffentlichen Glauben des Handelsregisters angeführten Begründung (BAER 135).

71) DROBNIG, Gutachten F 85; s. auch HANISCH, JBl 1977, 240.

72) Vgl. OPTINGER/BAER, Syst. Teil N. 122, Art. 891 N. 3; zum "droit de préférence" bzw. "diritto di prelazione" s. vorn §§ 23 I 1 bei N 7 ff., 27 I 1.

Die Rechtsvergleichung ergibt, dass die Sicherungsrechte in der Regel(73) konkursfest sind(74). Die Empfehlung von FLUME(75), dem besitzlosen Pfandrecht die Wirksamkeit im Konkurs des Pfandgebers zu versagen, ist abzulehnen. Soll die Mobiliarhypothek überhaupt praktischen Wert erlangen, so muss sie konkursbeständig sein(76).

Die Integration der neuen Form einer Pfandrechtsbegründung in das bestehende Rechtssystem(77) verlangt selbstverständlich, dass sich der Schutz des Pfandgläubigers nach den für das Faustpfandrecht geltenden Vorschriften richtet(78).

C. Konkurrenzfragen

1. Grundsatz

Bestehen am gleichen Pfandgegenstand mehrere Sicherungsrechte, so ist eine Rangordnung der verschiedenen Rechte festzulegen (Art. 893 I ZGB)(79). Der Rang der Gläubiger bestimmt sich nach der Zeit der Errichtung der Pfandrechte (Art. 893 II ZGB); massgebend ist demnach das Datum der Registrierung (80). Von dem das gesamte Sachenrecht beherrschenden Prinzip der Alterspriorität kann nur vertraglich oder gesetzlich abgewichen werden(81).

- 73) Zu den Ausnahmen s. vorn §§ 19 IV 3 (zur englischen "bill of sale"), 25 I 1 bei N. 4 f. (zum französischen Eigentumsvorbehalt).
- 74) Dabei sind allerdings verschiedene Arten des Schutzes zu unterscheiden; vgl. hiezu DROBNIG, CNUDCI 65 ff.
- 75) FLUME, AcP 1955, 566.
- 76) Vgl. SIMITIS, AcP 1971, 134; s. auch GOODE, ICLQ 1974, 266; GRAVENHORST 96; DROBNIG, Gutachten F 87; DERS., CNUDCI 80, 67: "Du point de vue juridique, une sûreté qui ne résiste pas à la sévère épreuve de la faillite, peut difficilement passer pour une garantie à part entière."
- 77) Vorn § 34 IV.
- 78) Vgl. insbes. Art. 198, 219 I, IV, 262 II SchKG; dazu OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 133 ff.; vgl. aber auch DROBNIG, CNUDCI 81.
- 79) Demgegenüber beschränken sich einzelne Staaten darauf, eine mehrfache Belastung zu verbieten (s. DROBNIG, CNUDCI 71 ff.; vgl. auch SIMITIS, AcP 1971, 134 N. 139; PAULICK 114). Die Uebernahme dieser "solution simpliste" (DROBNIG, a.a.O. 82) fällt von vornherein weg. (Vgl. aber immerhin Art. 53 SchRG, Art. 51 LBG; dazu vorn § 8 IV B; KADERLI 202 N. 2).
- 80) Vgl. vorn § 36 II. Zur weltweiten Bedeutung des Prioritätsprinzips s. DROBNIG, CNUDCI 73, 82; ferner auch SIMITIS, AcP 1971, 135 unten; kritisch aber MERTENS 22 mit Hinweis auf die amerikanische Lösung (hiezu vorn § 35 I C 2 b bei N. 65 ff.).
- 81) MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N. 45.

2. Gesetzliche Ausnahmen

a) Mobiliarpfandgläubiger

aa) Faustpfandrecht (82)

Die Begründung des als Wahlform beizubehaltenden Faustpfandrechtes (83) erfolgt nach Art. 884 ZGB. Da dem Pfandregister die positive Publizitätswirkung fehlt (84), besteht die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes des Besitzpfandrechtes gemäss Art. 884 II ZGB. Wird der gutgläubige Dritte in seinem Vertrauen auf die Pfandfreiheit der Sache geschützt, so geht demnach das an der gleichen Sache bestehende Registerpfandrecht ohne Rücksicht auf das Alter nach (85).

bb) Retentionsrechte

Das Registerpfandrecht kann mit dem Retentionsrecht des Vermieters (Art. 272 OR), des Verpächters (Art. 286 III OR), der Stockwerkeigentümergeinschaft (Art. 712 k ZGB) (86) und dem allgemeinen Retentionsrecht (Art. 895 ZGB) zusammenfallen. Die aufgeführten gesetzlichen Pfandrechte können gutgläubig erworben werden (87). Die Gläubiger der kraft Gesetzes gesicherten Forderungen haben somit nur bei Bösgläubigkeit keinen Vorrang gegenüber dem Registerpfandgläubiger. Dieser wird deshalb in seinem eigenen Interesse insbesondere den

82) Die Kollision des Eigentumsvorbehaltes mit dem Registerpfandrecht löst sich nach den Grundsätzen des Pfandrechtserwerbs vom Nichtberechtigten. Der fehlende öffentliche Glaube (Oben II A 2) verunmöglicht die Konkurrenz zwischen dem bereits eingetragenen Eigentumsvorbehalt und einem neuen Registerpfandrecht (vgl. RAUCH 155 ff.; s. auch PAULICK 108; SIMITIS, AcP 1971, 127). Ist dagegen ein Registerpfandrecht entstanden, so schützt das Verbot der nachträglichen Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes (vorn § 9 II B 3) vor der mehrfachen Belastung.

83) Oben II A 1 a bei N. 52 f.

84) Oben II A 2.

85) Vgl. Erl II 335/336. Die Uebertragung des Pfandgegenstandes auf Dritte wird deshalb unter Strafe gestellt (s. oben II A 1 a bei N. 49 f.; s. auch OFTINGER/BAER, Syst. Teil N. 144).

86) Zu allen drei Pfandrechten s. vorn § 6 II 1.

87) Vgl. Art. 273 I OR; je in Verbindung mit Art. 286 III OR, Art. 712 k ZGB; schliesslich Art. 895 III ZGB.

Vermieter von seinem Pfandrecht in Kenntnis setzen(88). Besteht der Vertrag bereits, so erlischt in Analogie zu Art. 273 II OR das Retentionsrecht für die vom nächsten offenen Ziel aufgelaufenen Mietzinse, sofern die Kündigung des Vertrages unterbleibt(89).

b) Immobilienpfandgläubiger

Da gewerbliche Anlagegüter(90) die Qualität von Grundstückszugehör aufweisen können(91), sind Konkurrenzen zwischen einem Grundpfandrecht (Art. 805 I ZGB) (92) und einem Registerpfandrecht möglich. Gemäss Art. 805 III ZGB bleiben die Rechte Dritter an der Zugehör gegenüber den Grundpfandgläubigern vorbehalten. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung(93) steht dieser Vorbehalt nicht seinerseits unter dem Vorbehalt des gutgläubigen Erwerbes. Im Hinblick auf das einzuführende besitzlose Fahrnispfandrecht aber empfiehlt sich zum Schutze des Immobilienpfandgläubigers eine dem Art. 885 I VE entsprechende Bestimmung, die das gutgläubig erworbene Grundpfandrecht an einer Zugehör dem Registerpfandrecht vorgehen lässt(94).

88) Vgl. HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 131; s. auch DROBNIG, CNUDCI 74. Demgegenüber will PAULICK (116) das Retentionsrecht des Vermieters oder Verpächters und das Registerpfandrecht ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung als gleichrangig behandeln (s. hiezu auch NESEMANN 109 ff.).

89) Vgl. SCHOENENBERGER/SCHMID, Art. 272-274 N. 42; hiezu OFTINGER/BAER, Art. 885 N. 79.

90) Vgl. vorn § 35 I B bei N. 31 ff.

91) Vgl. MEIER-HAYOZ, Art. 644/645 N. 17 und die Kasuistik in N. 33.

92) Vorn § 6 I 3 a.

93) Vgl. MEIER-HAYOZ, Art. 644/645 N. 46 und die dortigen Nachweise.

94) HUBER (Erl II 336) entscheidet diese Konkurrenz zweier Verschreibungen zugunsten des gutgläubigen Grundpfandgläubigers, weil die Publizität des Grundbuches doch offenbar viel weiter greife als die des Verschreibungsprotokolls. Vgl. auch HAAB/SCHERRER, Art. 715/716 N. 133 (Der Hinweis auf § 297a ABGB ist allerdings verfehlt; s. hiezu ausführlich FROTZ, Gutachten 141 ff.); s. ferner PAULICK 116/117; DROBNIG, CNUDCI 77 ff.; SIMITIS, AcP 1971, 138 f.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 2.9.1953 in Zürich geboren, wo ich auch sämtliche Primarschulklassen besuchte. Anschliessend trat ich ins Gymnasium Freudenberg ein und im Frühling 1969 ins Wirtschaftsgymnasium Freudenberg, das ich im Herbst 1973 mit der Matur abschloss. Für das Wintersemester 1973/74 immatrikulierte ich mich an der Universität Zürich; im November 1978 bestand ich das Lizenziatsexamen. In der Folge arbeitete ich ausschliesslich an der Dissertation. Seit dem 1. September 1980 bin ich am Bezirksgericht Bülach als Auditor angestellt.

Am 10. Dezember 1980 schloss ich mein Studium mit der Doktorprüfung ab.

